Rechtsgrund und Tragweite der §§ 25, 28 HGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von
Peter H. Waskönig

Bonn 1979

Rechtsgrund und Tragweite der §§ 25, 28 HGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von
Peter H. Waskönig

Bonn 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof. Dr. Tomuschat
Berichterstatter: Prof. Dr. Raisch
Prof. Dr. Huber

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Februar 1979

Meiner Mutter

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546505_0013

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Einleitung	1
1. Teil - Die Ratio der §§ 25, 28 HGB	5
2. Teil - Ausgewählte Probleme der unmittelbaren Anwendung der §§ 25, 28 HGB	112
3. Teil - Zusammenfassung und Konkretisierung der bislang gewonnenen Ergebnisse	162
4. Teil - Der Adressatenkreis der §§ 25, 28 HGB	167
5. Teil - Detailprobleme der Analogie	183
Schluß	200

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
Einleitung	1
§ 1 - Das Problem	2
§ 2 - Der Gang der Erörterung	3
1. Teil - Die Ratio der §§ 25, 28 HGB	5
§ 3 - Die gängigen Interpretationsansätze	8
I. Die Erklärungstheorie	8
a) Ihr Anknüpfungspunkt	9
b) Das Fiktionsargument	11
II. Die Rechtsscheintheorie	20
a) Der anscheinsbegründende Tatbestand	22
b) Der gesetzte Rechtsschein	23
c) Die Vertrauensdisposition	28
III. Die Vermögensübernahmetheorie	34
§ 4 - Versuch einer Neuorientierung	41
§ 5 - Historische Absicherung	54
I. Der Beginn der Diskussion	56
a) TABOR, HASSENPFLUG und HÖPFNER	56
b) ANONYMUS	60
c) GUTACHTEN bei GANS	61
d) DELBRÜCK	63
II. Die Rechtsprechung bis zum ADHGB	64
III. Die Beratungen zum ADHGB	67
IV. Lösungsansätze auf der Basis des ADHGB	70
a) THÖL	70
b) F.B. BUSCH	71
c) ENDEMANN	72
d) OTr. BERLIN und HAG NÜRNBERG	74
e) VON KRÄWEL	78
f) REGELSBERGER	81
g) BEHREND	83

		Seite
V.	Stellungnahmen aus der Zeit des ROHG	85
	a) REICHSOBERHANDELSGERICHT	85
	b) HG HAMBURG	90
	c) MOMMSEN	90
	d) LADENBURG	91
	e) SIMON	93
VI.	Der Gesetzgebungsvorschlag HEINSENs und die Diskussion auf dem 15. DJT	95
VII.	Die Rechtsprechung des REICHSGERICHTS	100
VIII.	Die DENKSCHRIFT zum HGB von 1897	103
2. Teil -	Ausgewählte Probleme der unmittelbaren Anwendung der §§ 25, 28 HGB	112
§ 6 -	Der sachliche Anwendungsbereich der §§ 25, 28	113
§ 7 -	Mängel des Übertragungsaktes	116
§ 8 -	Die §§ 25, 28 HGB als gesetzliche Vertragsübernahme	118
I.	Die Notwendigkeit eines Parteiwechsels	118
II.	Die Vertragsübernahme nach dem BGB	123
III.	Die Entbehrlichkeit der Drittparteimitwirkung	128
IV.	Die Vereinbarkeit mit den §§ 25, 28 HGB im einzelnen	133
§ 9 -	Die abweichende Vereinbarung nach §§ 25 II, 28 II HGB	137
§ 10-	Abgrenzungsprobleme	140
I.	Die Abgrenzung von § 25 und § 28 HGB	141
II.	Das Verhältnis von § 28 HGB und §§ 130, 173 HGB zueinander	145
III.	EXKURS: Die persönliche Haftung des Eingetretenen bei § 28 HGB	147
IV.	§ 419 BGB und die §§ 25 ff. HGB	150

Seite

V. § 1409 ABGB 158

VI. Art. 181 OR 160

3. Teil - Zusammenfassung und Konkretisierung der bislang gewonnenen Ergebnisse 162

§ 11 - Zusammenfassung 163
§ 12 - Der Unternehmensbegriff der §§ 25, 28 HGB 164

4. Teil - Der Adressatenkreis der §§ 25, 28 HGB 167
§ 13 - Der Meinungsstand 168
§ 14 - Die Erstreckung auf minderkaufmännische Unternehmen 174
§ 15 - Die Erstreckung auf nichtkaufmännische Unternehmen 179
§ 16 - Die Erstreckung auf freie Berufe 180

5. Teil - Detailprobleme der Analogie 183
§ 17 - Die analoge Anwendung des § 25 HGB 184
§ 18 - Der Rechtsfolgenausschluß 194
§ 19 - Die analoge Anwendung des § 25 HGB 194

Schluß 200

Literaturverzeichnis 201

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Orte
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
Arch. für bgl. Recht	Archiv für bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Buschs Arch.	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts, herausgegeben von F.B. Busch
Central-Organ N.F.	Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht, Neue Folge
DB	Der Betrieb
dens., ders.	denselben, derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
E	Entwurf
Elvers' Themis	Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, herausgegeben von Christian Friedrich Elvers
f., ff.	folgende
FN	Fußnote
Fschr.	Festschrift
GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts

Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot
HansRuGZ	Hanseatische Handels- und Gerichtszeitschrift
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Ih.Jb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JBl.	Juristische Blätter
jew.	jeweils
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberappellationsgericht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rpfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
Schw. JZ	Schweizerische Juristenzeitung

Seuff. Arch.	J.A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte
Striethorsts Arch.	Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechts-Anwälte des Königlichen Ober.-Tribunals, redigirt von Theodor Striethorst
s.u.	siehe unten
u.a.	und andere
v.	von, vom
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen
ZBl.	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

§ 1 - Das Problem

Nach bis vor kurzem unangefochtener Meinung lassen die Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts unter Beibehaltung der geführten Firma ebenso wie die Aufnahme eines Teilhabers durch einen Einzelkaufmann den Fortbestand der vertraglichen Beziehungen zwischen dem alten Inhaber und seinen Geschäftspartnern unberührt. [1] Eine Veränderung tritt aufgrund der §§ 25 ff. HGB nur insoweit ein, als ohne abweichende Vereinbarung nach §§ 25 II, 28 II HGB der Erwerber bzw. die fortführende Personenhandelsgesellschaft gesamtschuldnerisch [2] neben dem früheren (Allein-)Unternehmer haftet und die Geschäftsforderungen erwirbt. Dem sind in jüngster Zeit KREJCI[3] und BÖRNER [4] entgegengetreten. Beide kommen von unterschiedlichen Ausgangspunkten aus zu dem Ergebnis, § 25 I HGB ordne die Fortsetzung der zur Zeit des Unternehmensübergangs bestehenden Vertragsverhältnisse mit dem Erwerber an.

Die folgenden Erörterungen werden ergeben, daß dem - wenn auch nicht in der jeweiligen Konstruktion - zuzustimmen ist. Sie greifen jedoch über den von KREJCI und BÖRNER allein behandelten Fall der vollständigen Veräußerung eines Handelsgeschäftes hinaus.

Es soll gezeigt werden, daß sich die §§ 25, 28 HGB als inhalt-

---

1) Vgl. dazu im Augenblick nur die Kommentarliteratur zu den §§ 25 ff. HGB.

2) WÜRDINGER § 25 Anm. 12; a.A. STAUB-BONDI § 25 Anm. 9: Gesamthaftung

3) KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme, S. 212 ff.; ders., Ist zur Vertragsübernahme bei Unternehmensveräußerung Dreiparteieneinigung erforderlich?, in: ÖJZ 1975, 449, 458 f.

4) BÖRNER, § 25 Abs. 1 HGB: Vertragsübertragung kraft Gesetzes, in: Fschr. MÖHRING 1975, S. 37 ff.

lich zusammengehöriger [5] Normkomplex auffassen lassen, der von einer insgesamt wie auch in den Details vernünftigen und sinnvollen Konzeption getragen wird. [6] Im Verlauf dieser Untersuchung wird sich auch die Richtigkeit der These von der gesetzlichen Vertragsübernahme erweisen.

Zur Demonstration der dogmatischen Tragfähigkeit der gefundenen Ratio wird schließlich die bislang in keiner Weise befriedigend gelöste Frage, ob und wie weit die §§ 25, 28 HGB einer Erstreckung auf den Voll- oder Teilerwerb minder- und nichtkaufmännischer Unternehmen im Wege der Analogie fähig sind, [7] beantwortet.

§ 2 - Gang der Erörterung

Der erste Teil der Untersuchung ist der Ratio der §§ 25, 28 HGB gewidmet. Zunächst werden die bisher vertretenen Deu-

---

5) Zur entgegenstehenden Ansicht SÄCKERs in ZGR 1973, 261, 280, wonach § 28 HGB "systematisch einen Fremdkörper im Abschnitt über die Handelsfirma" darstellt und eigentlich in engem Zusammenhang mit den §§ 130, 173 HGB steht, s.u. bei FN 23 und § 10 II

6) Die Ansicht von CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 183 ff., der dem Gesetzgeber Konzeptionslosigkeit vorwirft (S. 185 FN 11, 187) und § 25 HGB für "eine gänzlich systemwidrige Norm, die weder in die Vertrauenshaftung einzuordnen noch angesichts ihrer inneren Widersprüchlichkeit sonst irgendwie sinnvoll zu interpretieren ist", hält, kann als treffendes Beispiel für Schwierigkeiten und Engagement der Literatur bei der Auslegung der §§ 25 ff. HGB gelten. Im Ergebnis ist seine überspitzte Kritik, die bis zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit reicht (Vertrauenshaftung S. 187; Systemdenken und Systembegriff S. 129) nicht haltbar. Zustimmend lediglich CAPELLE S. 40 f.

7) Zur Erweiterung des Adressatenkreises der §§ 25 ff. HGB im Wege der Einzelanalogie vgl. WÜRDINGER § 25 Anm. 4, § 28 Anm. 2 sowie unten Teile 4 und 5
Lediglich die Anwendung des § 25 III HGB auf Minderkaufleute wird für möglich gehalten. Für § 28 HGB wird verlangt, daß eine oHG oder KG entsteht, die Minderkaufmannseigenschaft also ihr Ende findet. Zum Meinungsstand ausführlich § 13

tungsansätze in ihren hauptsächlichen Argumentationslinien dargestellt. Dabei zeigt sich, daß sie keine rundum taugliche Auslegung zu gewährleisten vermögen. Anschließend soll versucht werden, ausgehend von einer mehr wirtschaftlich orientierten Betrachtungsweise eine eigene Konzeption zu erarbeiten und aus der historischen Perspektive heraus abzustützen.

Der zweite Teil konfrontiert das gewonnene Ergebnis mit einer Reihe von Einzelproblemen, deren überzeugende Lösung bislang noch aussteht. Hier findet insbesondere die Frage nach der Stellung des § 28 HGB im Spannungsfeld zwischen § 25 HGB und § 130 HGB ihren Platz.

Eine kurze Zusammenfassung in Teil 3 leitet zum vierten Teil über. Dort wird der Adressatenkreis der §§ 25, 28 HGB auf der Basis der Neukonzeption konkretisiert. Im Ergebnis sind Notwendigkeit und Berechtigung einer weitgehenden Detailkorrektur der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht in der Frage der Unternehmensveräußerung festzustellen.

Die Einzelprobleme einer analogen Anwendung der §§ 25, 28 HGB über den unmittelbar angesprochenen Adressatenkreis hinaus werden dann in einem fünften Teil abgehandelt.

1. Teil

Die Ratio der §§ 25, 28 HGB

Die Notwendigkeit, die Interpretation der §§ 25 ff. HGB auf eine neue Basis zu stellen, findet ihren Grund in der Unzulänglichkeit der bisher vertretenen Argumentationsansätze. Sie sehen sich alle außerstande, eine in sich stimmige Deutung zu liefern. Insofern ist Kritik sicher angebracht. Da eine detaillierte Widerlegung bereits mehrfach unternommen wurde [8], können wir uns zu diesem Thema auf die Erörterung der wesentlichen Kernpunkte beschränken.

Die Kriterien, an denen sich alle - nicht nur die sogleich zu besprechenden - Konzeptionen messen lassen müssen, ergeben sich aus dem Wesen dessen, was wir als Ratio einer Norm bezeichnen: [9] Zunächst ist die in sich widerspruchsfreie Erklärung der einzelnen Vorschriften zu verlangen. Sodann sollte sich - ausgehend davon, daß für ein willkürliches Vorgehen des Gesetzgebers bei der systematischen Einordnung keine Anhaltspunkte bestehen [10] - ein sinnvoller Bezug der Paragraphen zueinander ergeben. Schließlich sind auch die Konsequenzen für das Verhältnis der §§ 25 ff. HGB zu anderen Normen außerhalb wie innerhalb des HGB einzubeziehen.[11]

Die Gesetzesgeschichte, insbesondere die Stellungnahme der Verfasser des HGB in der DENKSCHRIFT [12], wird bei der Ableitung einer eigenen Konzeption ausgeklammert. Der Grund für dieses bei der Interpretation der in Frage stehenden Vorschrif-

---

8) Erklärungs- und Rechtsscheintheorie werden von MORISSE, der selbst der Vermögensübernahmetheorie anhängt, behandelt (S. 8 ff. für § 25 HGB und S. 65 ff. für § 28 HGB). SCHLÜTER lehnt die Erklärungstheorie (S. 91 ff.) wie den Vermögensübernahmegedanken (S. 104 ff.) ab und folgt der Rechtsscheintheorie. GERLACH weist in seiner Monographie alle drei eindringlich zurück.

9) Näheres bei LARENZ, Methodenlehre, S.326

10) Jedenfalls sind sie nicht sofort ersichtlich. Auch CANARIS kommt zu seinem vernichtenden Urteil erst nach Durchsicht der vertretenen Ansätze und der DENKSCHRIFT.

11) Als solche kommen in Betracht die §§ 419 BGB, 130, 173 HGB sowie je nach dem gewählten Ansatz eine Reihe weiterer Normen bzw. Rechtsgrundsätze.

12) Zum korrekten Sprachgebrauch hinsichtlich der Begriffe "Verfasser des Gesetzes", "Wille des Gesetzgebers" vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 315 ff.

ten nicht übliche [13], aber allein erfolgversprechende Verfahren liegt in der Vielfalt der vorgesetzlichen Ansichten über die Rechtsfolgen des Erwerbs bestehender Handelsgeschäfte. Der Gesetzgeber wollte hier wegen des unmittelbaren Bezugs zum Handelsgeschäftsbegriff nicht autoritär-entscheidend eingreifen, sondern vermitteln. In der Konsequenz liest sich die DENKSCHRIFT zum HGB wie ein Spiegelbild sämtlicher vertretbaren und tatsächlich vertretenen Meinungen und dient jeder als Beleg. [14] Sie eignet sich allenfalls dazu, ein aus dem Gesetz und seiner praktischen Wirkung heraus entwickeltes Konzept als innerhalb der Bandbreite des damals Bedachten liegend zu stützen. [15]

Wenn im folgenden kaum je von den die Geschäftsforderungen betreffenden Regelungen der §§ 25 I 2, 28 I 2 HGB oder gar von den Vertragsverhältnissen als solchen die Rede ist, so erklärt sich das daraus, daß bislang ausschließlich die Proble-

---

13) Vgl. die Untersuchungen von GERLACH, MORISSE, SÄCKER, SCHLÜTER und SCHRICKER, die alle ihre Auffassungen aus der DENKSCHRIFT heraus entwickelt wissen wollen. Mit einiger Distanz argumentieren BÖRNER, KREJCI und KOZIOL.

14) Hier liegt die Ursache vielfältiger Mißverständnisse. PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 255; KOUMANTOS S. 111; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 128 sowie CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 183 werfen der DENKSCHRIFT Widersprüchlichkeit vor. Für FISCHER in LM Nr. 3 zu § 28 HGB bleibt der Sinn des Gesetzes trotz der Erläuterung unklar. Ähnlich äußert sich SCHWARZ, JBl. 1967, 113. Nach GERLACH (S. 5) hat der Gesetzgeber einen zu reichlichen Erklärungsspielraum gelassen, so daß die Diskussion "nahezu so bunt und kontrovers geblieben (ist) wie zu den 'gesetzlosen' Zeiten vor Geltung des HGB - als ob es ein legislatorisches Wort in dieser Sache gar nicht gäbe". Lediglich SÄCKER ZGR 1973, 261, 266 nimmt die DENKSCHRIFT in Schutz. Zu deren wirklichen Intentionen s.u. § 5 VIII

15) In diesem Sinne sind die Ausführungen in § 5 VIII zu verstehen.

matik der Haftung im Zentrum des Interesses stand. [16] Dies ist angesichts der Vielzahl entsprechender Gerichtsentscheidungen zwar verständlich, aber unzutreffend.

§ 3 - Die gängigen Interpretationsansätze

I. Die Erklärungstheorie

Die Erklärungstheorie führt den Eintritt der Rechtsfolgen der §§ 25 I, 28 I HGB auf eine Willenskundgabe des Erwerbers bzw. der entstandenen oHG oder KG zurück.

Angesichts des § 25 III HGB, der nach Entstehung und einhelliger Auffassung eine Haftung kraft abgegebener Erklärung statuiert [17], und der in §§ 25 II, 28 II HGB vorgesehenen Anschlußmöglichkeit liegt dieser Ansatz durchaus nicht fern, zumal er auch das Fehlen einer Haftungsbeschränkung, wie sie in

---

16) Vgl. nur die Titel der Beiträge von GERLACH, MORISSE, SÄCKER, SCHLÜTER und SCHRICKER, die sich ausschließlich auf die Haftungsregelung in §§ 25 I 1, 28 I 1 HGB beziehen. Ebenso HECKELMANN.

17) WÜRDINGER § 25 Anm. 29; DÜRINGER-HACHENBURG-HOENIGER § 25 Anm. 30; PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 253; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 21

§ 419 BGB vorgesehen worden ist, begreiflich macht. [18]

a) Seine Tücken zeigen sich jedoch sehr schnell, wenn man nach dem exakten Anknüpfungspunkt, d. h. nach dem Moment, in dem die Erklärung liegen soll, fragt. Beim Vollerwerb des § 25 HGB bereitet das wenig Probleme: hier bietet sích die Fortführung der Firma an. Anders verhält es sich mit § 28 HGB, bei dem auf die Firmenkontinuität ja gerade vom Gesetz verzichtet wird. Die Ausweichmöglichkeiten, die sich bieten, sind nicht zahlreich und zumindest fragwürdig.

Die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister oder die

---

18) Nach SÄCKER sind die Erklärbarkeit der persönlichen Haftung und der Abdingbarkeit die entscheidenden Vorteile der Erklärungstheorie (ZGR 1973, 261, 272).

Außer ihm folgen der Erklärungstheorie:
RG v. 12. 2. 1902, RGZ 51, 33 ff.;
RG v. 21. 3. 1905, RGZ 60, 296, 300
RG v. 12. 7. 1911, RGZ 76, 439, 441
RG v. 14. 11. 1916, RGZ 89, 97, 98
RG v. 2. 7. 1918, RGZ 93, 227, 228
RG v. 12. 10. 1930, Recht 1931, Nr. 832
RG v. 29. 9. 1931, HRR 1932 Nr. 256
RG v. 8. 6. 1940, RGZ 164, 115, 121
KG v. 11. 6. 1907, KL 1908, 82, 83
KG v. 21. 5. 1910, OLGRspr. Bd. 21, 375
KG v. 5. 9. 1940 DR 1940, 2007
OLG SAARBRÜCKEN v. 9. 3. 1951, JZ 1952, 35
BGH v. 4. 11. 1953, BB 1953, 1025
LEHMANN-RING § 25 Anm. 8; RITTER § 25 Anm. 3; KOENIGE-TEICHMANN-KOEHLER § 25 Anm. 3; K. LEHMANN, Lehrbuch, S. 118;HÄMMERLE S. 154

mit Anklängen an die Rechtsscheintheorie:
RG v. 13. 2. 1934, RGZ 143, 371
WÜRDINGER § 25 Anm. 1; LACHER S. 95

mit Anklängen an die Vermögensübernahmetheorie:
RG v. 13. 10. 1933, RGZ 142, 98, 104 ff.
RG v. 11. 10. 1935, RGZ 149, 25, 28
BGH v. 24. 9. 1962, BGHZ 38, 44, 46
HEYMANN S. 34; MANN JW 1931, 3062 f.

Bekanntmachung der Eintragung [19] müssen zur Rettung der Erklärungstheorie ausscheiden. Beide lassen sich nicht als Kundgabe eines auf Übernahme der Altschulden gerichteten Willens auffassen. Mit der Anmeldung werden lediglich rechtserhebliche Tatsachen mitgeteilt. Die Gesellschafter wollen dadurch ihrer gesetzlichen Pflicht nachkommen und sich die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft ihrer Wahl sichern. Ein weitergehender Wille läßt sich dem unter Wahrung der Gesetze der Auslegung nicht entnehmen. [20]

Das anerkennt auch SÄCKER, der einzige aus dem Kreis der Autoren, die sich in letzter Zeit mit den §§ 25 ff. HGB befaßt haben, der sich der Erklärungstheorie verschrieben hat. [21] Konsequent verwirft er daher seinen Ansatz, soweit die Deutung des § 28 HGB in Frage steht, und erklärt die Vorschrift im Anschluß an die Erwägungen des VIII. Zivilsenats des BGH in dem Urteil vom 6. 7. 1966 [22] zu einem Fall "antizipierter Gesellschafterhaftung", der in engem Zusammenhang mit den §§ 130, 173 HGB stehe. [23]

Ohne daß jetzt schon die Frage nach der systematischen Zusammengehörigkeit der §§ 25 und 28 HGB erörtert werden soll, muß festgestellt werden, daß SÄCKER mit der vorschnellen Preisgabe des erklärungstheoretischen Ansatzes diesen schlechter

---

19) darauf stellen ab:
RG v. 12. 2. 1902, 12. 7. 1911, 14. 11. 1916, 2. 7. 1918, 13. 10. 1933, 8. 6. 1940, jew. aaO.
KOENIGE-TEICHMANN-KOEHLER § 28, 3; STAUB-BONDI § 28 Anm. 4 SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 28 Anm. 6; MÜLLER-ERZBACH S. 84; MANN JW 1931, 3062, 3063; KNABBENHOEFT RPfl. 1957, 164

20) MORISSE S. 66; LARENZ JW 1934, 224, 225; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 131; SÄCKER ZGR 1973, 261, 279 FN 75

21) ZGR 1973, 261, 272 ff.

22) LM Nr. 5 zu § 28 HGB = NJW 1966, 1917 = MDR 1966, 839 = BB 1968, 376. Der BGH verwendet den ihm von SÄCKER in den Mund gelegten Ausdruck allerdings nicht.

23) ZGR 1973, 261, 280

macht, als er in Wahrheit ist. Auch wenn man den Registereintrag bzw. Anmeldung und Bekanntmachung nicht als Willenskundgabe begreift, ist § 28 HGB für die Erklärungstheorie keineswegs verloren.

Es bleibt die Möglichkeit, die Tatsache der gemeinsamen Fortführung des Handelsgeschäfts durch den früheren Alleininhaber und den Eintretenden als schlüssige Haftungsübernahmeerklärung zu werten. [24] Das liegt sogar recht nahe, wenn man bedenkt, daß beide das Unternehmen kaum unter völliger Lösung von den bisherigen Geschäftsbeziehungen vergesellschaften wollen [25] und ihnen in diesem untypischen Fall das Vorgehen nach § 28 II HGB zugemutet werden könnte. Die von SCHRICKER [26] bemängelte "Kluft" zwischen § 25 und § 28 HGB wird bei dieser Sicht der Dinge zwar nicht kleiner, da im einen Tatbestand die Haftung mit der bloßen Fortführung, im anderen erst bei Beibehaltung der Firma eintritt. Ein schlagendes Gegenargument ist das aber nicht. Es ist ja immerhin denkbar, daß die Gesellschafter einer übernehmenden Personenhandelsgesellschaft sich unter geringeren Voraussetzungen zur Erklärung eines Schuldbeitritts bereitfinden als der Vollerwerber. In diesem Fall wäre die Abweichung durchaus sinnvoll.

b) Ist somit ein Anknüpfungspunkt für die erklärungstheoretische Konzeption in beiden Tatbeständen gegeben, so bereitet doch die exakte Durchführung erhebliche Schwierigkeiten.

Kernproblem und Prüfstein ist die Verifizierung ihrer Prämisse. Wenn sich keine auf kumulative Schuldübernahme gerichtete Willenserklärung des Erwerbers nachweisen läßt, können die §§ 25 ff. HGB auf allen möglichen Konzeptionen beruhen, nur

---

24) so RG v. 13. 10. 1933, RGZ 142, 98, 105; DÜRINGER-HACHENBURG-HOENIGER § 25 Anm. 19, § 28 Anm. 4

25) Zur Interessenlage und ihrem Einfluß auf die Gestaltung der §§ 25 ff. HGB s.u. § 4 und § 5 VIII.

26) SCHRICKER ZGR 1972, 121, 130 f.

nicht auf der der Erklärungstheorie.

Eben dies behaupten ihre Kritiker. [27] Der Übernehmer eines Handelsgeschäfts, der die bisher geführte Firma beibehält, wolle regelmäßig überhaupt nichts erklären - und schon gar keinen Schuldbeitritt -, sondern sich lediglich der mit der Geschäftsbezeichnung [28] verbundenen wirtschaftlichen Vorteile und Gewinnchancen bedienen. Bei der Fortführung des Geschäfts durch eine Personalhandelsgesellschaft sei es nicht anders. Die Erklärungstheorie arbeite mit der Fiktion eines Haftungswillens und könne daher auch nicht mehr als eine Scheinbegründung [29] liefern.

Dieses ebenso klare wie vernichtende Urteil beraubt die Erklärungstheorie ihrer rechtstatsächlichen Basis.

Die Berufung auf "Umfragen unter Notaren und Handelsrichtern" [30] bringt keine Abhilfe: zum einen, weil die Erkenntnisquelle nur mittelbar im Wege des Rückschlusses Aussagen über den Willen

27) DÜRINGER-HACHENBURG-HOENIGER § 25 Anm. 19, § 28 Anm. 4; HELLWIG, Verträge, S. 402; IHDE S. 116; PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 255; BETTERMANN, Vollstreckung, S. 196; KOUMANTOS S. 111; CANARIS S. 183 f.; GERLACH S. 14; LARENZ JW 34, 224, 225; KOZIOL JBl. 1967, 550, 558; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 131; KREJCI ÖJZ 1975, 449, 456

28) Im strengen Sinne des § 17 HGB ist die Firma lediglich der Name des Kaufmanns. Die Verwendung des Terminus "Geschäftsbezeichnung" rechtfertigt sich aus ihrer rechtstatsächlichen Ablösung von der jeweiligen Unternehmerpersönlichkeit. Zu dieser Entwicklung, die sich bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts abzeichnete, sowie zur Stellungnahme der DENKSCHRIFT s.u. in § 5.

29) Nach BRECHER, Fschr. NIKISCH, S. 227, 232 sind Scheinbegründungen fast immer auch Fehlbegründungen.

30) SÄCKER ZGR 1973, 261, 275 FN 62; zu dem von ihm angenommenen Widerspruch mit CANARIS (S. 183 f.) vgl. GERLACH FN 57.

des Erwerbers und die Art seiner Bekanntmachung [31] gestattet, zum anderen, weil auf diese Weise ein Zirkelschluß droht, denn die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Transaktion, zu denen auch die §§ 25 I, II, 28 I, II HGB gehören, werden in die Vertragsverhandlungen einbezogen.

SÄCKER versucht, das Fiktionsargument auszuräumen, indem er den Gegnern der Erklärungstheorie "defiziente Vorstellungen von der Leistungsfähigkeit der Willenerklärung durch schlüssiges Verhalten" [32] unterstellt. Gleichzeitig bereitet er damit den Boden für seine eigene Auffassung.

Er geht davon aus, daß in einem Großteil der Geschäftsübernahmeverträge neben der Firmenfortführung eine kumulative Schuldübernahme des Erwerbers vereinbart wird, und schließt daraus auf eine konkludentes Haftungsübernahmeangebot an die Altgläubiger. Dieses aufgrund seiner statistischen Häufigkeit als typisch zu wertende Verhalten ist durch § 25 I HGB zum Gesetz erhoben worden. Die Norm "vertypt den rechtstatsächlichen Regelfall der Übernahme der Altschulden durch Erwerber und Erben im Falle der Firmenfortführung dahin,daß der Erwerber und Erbe durch Firmenfortführung konkludent seine Bereitschaft zur Haftung für die Altschulden erklärt" und wirkt daher wie eine - allerdings im Wege des § 25 II HGB abdingbare - Auslegungsregel. [33]

Der Vorwurf, von einer Fiktion auszugehen, wird durch diese Konstruktion geschickt unterlaufen. Eine genaue Einordnung der Erklärung des Erwerbers in den Bestand der rechtsgeschäftli-

---

31) Die Rolle des Handelsregistereintrags für die Unternehmenspublizität dürfte denkbar gering sein. Informationen, die für die Geschäftswelt von Belang sind, werden den Geschäftspartnern auf anderen Wegen, etwa durch Rundschreiben, Inserate oder Pressemitteilungen bekanntgegeben.

32) aaO. S. 272

33) aaO. S. 276 oben.

chen Aktstypen [34] ist entbehrlich; der Ausschluß der Anfechtbarkeit [35] liegt auf der Hand.

Immerhin muß SÄCKER sich insoweit die Frage gefallen lassen, ob wir es hier überhaupt noch mit einer Haftung kraft abgegebener Erklärung zu tun haben. Mit dem Verzicht auf die Feststellung eines Haftungswillens im konkreten Einzelfall zugunsten einer Typisierung [36], die sich an der zwar regelmäßig, aber doch nicht stets vorliegenden Vereinbarung einer Haftungsübernahme im Innenverhältnis orientiert, liegt nur mehr die Anknüpfung der Normierung im rechtsgeschäftlich-privatautonomen Bereich. Die eigentliche Haftungsgrundlage bildet der gesetzgeberische Wertentscheid in § 25 I HGB. Von daher liegt es näher, SÄCKERs Auffassung als 'Theorie von der gesetzlich vertypten Haftungsübernahme' zu bezeichnen. [37]

Mit der Annahme einer allein auf dem Gesetz beruhenden Haftung [38] mag sich SÄCKER aber nicht begnügen.

Folglich versucht er, seiner Interpretation des § 25 I HGB

---

34) Möglich sind eine Erklärung ad incertas personas nach Art der Auslobung und ein Angebot an die Altgläubiger zum Abschluß einer auf kumulative (?) Schuldübernahme gerichteten Vereinbarung.

35) absolut herrschende Meinung: WÜRDINGER § 25 Anm. 2, 8; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 2 C

36) vgl. die Definition bei MANIGK S. 286: "Typisierung nennen wir ... die gesetzlich oder verkehrsmäßig ohne Rücksicht auf den konkreten wirklichen Willen des Handelnden angeordnete endgültige Zurechnung eines Erklärungswertes unter Ausschluß des Anfechtungsrechtes."

37) SCHRICKER, der den Ausdruck "Erklärungstheorie" geprägt hat, publizierte seinen Aufsatz vor SÄCKER. Daß dieser die dogmatischen Abweichungen von der ursprünglichen Erklärungstheorie nicht durch die Wahl einer anderen Terminologie offenlegt, ist verständlich.

38) Ganz ausdrücklich in diesem Sinne DÜRINGER-HACHENBURG-HOENIGER § 25 Anm. 19 sowie GERLACH, insbes. S. 36 ff.

eine Willenserklärung zu unterlegen, indem er der Firmenfortführung eine konkudente Haftungsübernahmeerklärung entnimmt.

Dem Zwang zur empirischen Rechtfertigung des Schlusses von dem Verhalten des Erwerbers - Fortführung des Handelsgeschäftes mit der alten Firma - auf seinen Willen, damit ein Angebot zumSchuldbeitritt abzugeben, [39] entzieht er sich dadurch, daß er die Zurechnung von Willenserklärungen nicht nur auf Willens-, sondern auch auf Vertrauensschutzmomenten beruhen läßt. Das rechtfertigt dann, "die Anforderungen an den normativen Willenserklärungstatbestand je nach der Eigenart des Willenserklärungstyps teleologisch aufzulockern und falltypisch zugunsten eines verstärkten Empfängerschutzes zu verringern und unter Umständen sogar den wirklichen, vom Erklärungswortlaut nicht gedeckten Willen des Erklärenden völlig zu vernachlässigen". [40]

Für § 25 I HGB bedeutet das, daß der Gesetzgeber den Erwartungen des Verkehrs, der auf die Haftungsübernahme bei Firmenfortführung vertraut und wegen der Sozialtypizität auch vertrauen darf, Rechnung getragen und daher "der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft das 'freirechtliche' Räsonieren darüber ..., ob die Firmenfortführung einen empirisch hinreichend gesicherten Schluß auf den Willen des Erwerbers zulasse" [41] abgeschnitten hat. Die Altschuldenhaftung ist somit

---

39) Diesen Zwang betont er selbst: "Bei der konkludenten Willenserklärung geht es also um die empirische Aufhellung der Fakten, denen eine weitergehende Willenserklärung schlüssig entnommen werden soll." (ZGR 1973, 261, 274 bei FN 59)

40) ZGR 1973, 261, 277 unten.
Vgl. demgegenüber FLUME, Rechtsgeschäft, S. 74: "Die Willenserklärung durch schlüssiges Handeln ist als bewußter Akt finaler Rechtsgestaltung scharf zu scheiden von den Fällen, in denen ein Handeln zwar für "den anderen" den Anschein einer Willenserklärung durch schlüssiges Handeln ergibt, der Handelnde selbst sich aber der Schlüssigkeit seines Handelns nicht bewußt ist."

41) aaO. S. 278

die Rechtsfolge einer wegen der häufigkeitstypischen Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Firmenfortführung sozial- und verkehrstypisch zu entnehmenden Willenserklärung, die zum Gesetz erhoben und damit gleichzeitig einer Nachprüfung entzogen wird.

SÄCKERs erklärungstheoretischer Ansatz führt uns zu der Frage, wann eine Norm auf eine Willenerklärung zurückgeführt werden kann, [42] und zum Problem der Abgrenzung von rechtsgeschäftlichem und rechtswirksamem Verhalten. [43]

Er steht insoweit in einer Reihe mit MANIGK, der für eine Anzahl gesetzlicher Tatbestände annimmt, sie seien nichts anderes als gesetzlich typisierte Erklärungen. [44] Ihre Besonderheit liege darin, daß die Privatautonomie des Handelnden eingeschränkt sei, weil die Rechtsordnung sein Verhalten als so typisch für das Vorliegen eines bestimmten, aus dem Zusammenhang heraus der Umwelt erkennbaren Willen auffaßt, daß sie ohne Rücksicht auf sein tatsächliches Vorliegen die entsprechende Rechtsfolge anordnet. [45] Auslegung und Anfechtung verbieten sich dabei von selbst. [46]

Bei der Suche nach dem Rechtsgrund der §§ 25 ff. HGB ist diese Lehre mehr hinderlich als sinnvoll.

---

42) FLUME, Rechtsgeschäft, S. 117 ff.; HANAU AcP 165 (1965), 220 ff.; FABRICIUS JuS 1966, 1 ff.

43) FLUME, Rechtsgeschäft, S. 72 ff., 113 ff.; ders., AcP 161 (1962), 52 ff; LARENZ, Allg. Teil, S. 302 ff.

44) vgl. die Aufzählung auf S. 107: §§ 108 II, 177 II, 415 II 2, 416 I 2, 496 S. 2, 516 II 2, 2256 I BGB

45) MANIGK S. 287 ff.

46) MANIGK S. 284 f.

Ganz allgemein läuft sie Gefahr, einer Fiktion zu erliegen, und etwas in das Gesetz hineinzuinterpredieren, was kraft der Autorität des Gesetzes dann unangreifbar sein soll. Eine Ratio vermag sie nicht zu liefern, weil sie dem Gesetzgeber im Grunde nur das Vorgehen nach einem bestimmten Konstruktionsmodell - Annahme einer typisierten Erklärung - unterstellt, ohne die Vorfrage nach dem Motiv, das ihm Anlaß zur Normierung war, zu stellen oder gar zu beantworten. [47] Bei SÄCKER wird dies ganz deutlich. Selbst wenn man mit seiner Ansicht von der Existenz einer sozialtypischen Schuldbeitrittserklärung ausgeht, ist § 25 HGB nicht völlig zu erfassen. Es erhebt sich dann nämlich sofort die Frage, warum der Gesetzgeber diesen doch typischerweise vorliegenden Sachverhalt einer Normierung für Wert befunden hat. Die Einführung einer Norm, die den Ausschluß der typischen Rechtsfolge ermöglicht, wäre doch ausreichend gewesen. [48]

Wenn jedoch - und daran zweifelt auch Säcker nicht [49] - keineswegs bei jeder Übernahme eines Handelsgeschäftes unter Beibehaltung der Firma von seiten des Erwerbers ein kumulativer Schuldbeitritt angeboten wird, knüpft § 25 I HGB bloß beim tatbestandsmäßigen Verhalten an. Ob man diesem den Wert einer Willenskundgabe zumißt oder nicht, der Rechtsgrund des § 25 HGB kann sich nur aus den Umständen ergeben, die den Gesetzgeber bewogen haben, überhaupt eine entsprechende Norm in das HGB aufzunehmen. Die wahrheitswidrige Kundgabe eines Schuldbeitrittswillens mittels einer konkludenten Willenserklärung kann allein nicht ausreichen. Das Hintanstellen des wahren Willens läßt sich nicht aus Erklärungsmomenten, sondern nur aus andren, demgegenüber vorrangigen Gesichtspunkten rechtfertigen.

---

47) in diesem Sinne übt FLUME, DJT-Fschr. 1960, 135, 117 f. sehr deutliche Kritik an der Lehre MANIGKs.

48) so auch GERLACH S. 10

49) Er spricht (S. 275) nur von den "allermeisten" Geschäftsübernahmefällen.

Diese Notwendigkeit sieht auch SÄCKER. Mehrfach weist er auf die Schutzbedürftigkeit des auf die Haftungsübernahme vertrauenden Rechtsverkehrs hin. [50] Damit macht er deutlich, daß er im Grunde unter falscher Flagge segelt. Die Einführung von Vertrauensschutzmomenten als Ersatz für den fehlenden oder gar entgegenstehenden Willen auf Seiten des Erwerbers muß das Ende eines erklärungstheoretischen Ansatzes bedeuten, wenn man davon ausgeht, daß die Willenserklärung das von der Rechtsordnung dem einzelnen an die Hand gegebene Mittel zu selbstbestimmter Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse ist. [51] Leugnet man dies mit SÄCKER [52], so muß man sich darüber klar sein, daß auf diese Weise die Konturen des Begriffes der Willenserklärung unscharf werden und man sich dem Rechtsschein- und Vertrauensprinzip sehr stark annähert. [53] Genau dies wird aber von SÄCKER als Grundlage des § 25 HGB eindringlich zurückgewiesen. [54]

Legt man trotz allem seine Auffassung von der konkludenten Willenserklärung kraft Sozialtypizität zugrunde, so läßt sich damit nur § 25 I HGB erklären. Bei § 25 II HGB kollidiert man mit dem Wortlaut des Gesetzes, da der Erwerber sich von der Rechtsfolge des § 25 I HGB nicht ohne weiteres durch die Abgabe einer gegenteiligen Erklärung entledigen kann. Das Gesetz verlangt ausdrücklich eine Vereinbarung der veräußernden und

---

50) aaO. S. 275, 277, 278

51) so FLUME, Rechtsgeschäft, S. 60; LARENZ, Allg. Teil, S. 278 ff.; FABRICIUS JuS 1966, 1, 10 f.

52) aaO. S. 277

53) Zu den engen Zusammenhängen zwischen der Lehre von der Erklärung an die Öffentlichkeit, die bei § 25 HGB im Gewande der Erklärungstheorie auftaucht, und dem Rechtsscheinsprinzip vgl. CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 153 ff. sowie HECKELMANN, Fschr. BARTHLOMEYCZIK, S. 129, 133 f.

54) aaO. S. 268 ff.

der erwerbenden Partei [55], die bekanntzugeben ist. Mithin wird die Haftung für Altschulden durch eine allein vom Übernehmer abgegebene Willenerklärung begründet, kann aber nur unter Beteiligung des Veräußerers beseitigt werden. Vom Boden der Erklärungstheorie ist die damit angeordnete Unbeachtlichkeit eines einseitig vom Erwerber vorgenommenen actus contrarius zur Firmenfortführung nicht zu begreifen. [56] Der - mögliche - Hinweis darauf, daß die Firma ja aufgegeben werden könne, verfängt nicht, da es nicht um die - selbstverständliche - Möglichkeit geht, die Rechtsfolgen des § 25 I HGB über die Nichterfüllung seiner Tatbestandsvoraussetzungen zu vermeiden, sondern um ihre Beseitigung bei erfülltem Tatbestand.

Aus § 25 II HGB auf das Erfordernis einer gemeinsam von Erwerber und Veräußerer abzugebenden Schuldbeitrittserklärung in § 25 I HGB zu schließen, [57] ist unmöglich. Mehr als das Einverständnis zur Fortführung - und auch dies nur dem Erwerber gegenüber - hat der Veräußerer nicht zu erklären, da er ohnehin haftet. Für eine weitergehende Erklärung an die Altgläubiger, die noch dazu in der Firmenfortführung durch den Erwerber liegen soll, dieser werde demnächst gesamtschuldnerisch neben ihn treten, besteht kein Anlaß.

---

55) Nahezu allgemeine Meinung. Lediglich PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 258, will dem Gesetzeswortlaut zuwider eine isolierte Verlautbarung nach außen ausreichen lassen.

56) so auch GERLACH S. 13

57) Eine entsprechende Erwägung findet sich bei GERLACH in FN 65.

II. Die Rechtsscheintheorie

Die Rechtsscheintheorie [58] sucht die Ratio der §§ 25, 28 HGB nicht mehr in einem - tatsächlichen oder konstruierten - selbstbestimmten Entscheid des Geschäftserwerbers. Die Vorstellungen der Veräußerungsparteien spielen nur dann eine Rolle, wenn nach §§ 25 II, 28 II HGB vorgegangen wird. Ansonsten wird ausschließlich an die Außenwirkung ihres Verhaltens angeknüpft, indem man dieses einer willensunabhängigen, objektivierten Bewertung unterzieht.

Probleme, die ihren Grund in der Sphäre des Erwerbsgeschäfts finden könnten, werden dadurch von vornherein ausgeschaltet. Anfechtung, Rücktritt, Wandlung im Innenverhältnis oder das Fehlen etwa notwendiger Genehmigungen [59] sind ohne Einfluß

---

58) zu § 25 HGB vertreten von:
RG v. 13. 2. 1934, RGZ 143, 368, 371
RG v. 11. 5. 1942, RGZ 169, 133, 137
BGH v. 13. 10. 1955, BGHZ 18, 248, 250 f.
BGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 234, 239
BGH v. 1. 12. 1958, BGHZ 29, 1, 3
BGH v. 8. 12. 1959, BGHZ 31, 321, 328
BGH v. 10. 2. 1960, BGHZ 32, 61, 62 f.
WÜRDINGER § 25 Anm. 1; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 1, 2; BAUMBACH-DUDEN § 25, 26 Anm. 2 B, C; BANDASCH § 25, Anm. 1, 3, 6, 9; HELLWIG S. 403; BETTERMANN S. 196; SCHLÜTER S. 121 ff.; LACHER S. 95; OPPIKOFER, Rvgl. Handwörterbuch, S. 25, 32 f.; GIESEKE, Fschr. HEYMANN, 112, 125; HUECK, A., ZHR 108 (1941), 1, 7; KRAUSE JZ 1957, 278 ff.; KRABBENHOEFT, RPfl. 1957, 158 ff.; WEIMAR MDR 1962, 960.

zu § 28 HGB vertreten von:
SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 28 Anm. 1; BETTERMANN S. 200; SCHLÜTER S. 135 ff.; DIETRICH DR 1940, 1463

59) Hier ist an Maßnahmen der Kartellbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle sowie an Beschränkungen nach § 22 AWG zu denken. Typisches Beispiel für diese Konstellation ist der BGH v. 13. 10. 1955, BGHZ 18, 248 ff., zugrundeliegende Fall, in dem ein Deviseninländer das Handelsgeschäft eines Devisenausländers unter der alten Firma fortführt und auf die Inanspruchnahme seitens eines Altgläubigers darauf verweist, daß die Firmenfortführung eine "transaction" im Sinne der Devisenvorschriften sei, die mangels Genehmigung keine Rechtswirkungen äußern könne. Mit der Erklärungstheorie war hier nicht mehr zu helfen. Eine rechtsgeschäftliche Haftungsbegründung war ausgeschlossen. Der BGH sah sich daher gezwungen, auf die - bei der reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht eigentlich tragende - Rechtsscheintheorie umzuschwenken.

auf den Eintritt der Rechtsfolgen der §§ 25 I, 28 I HGB.

Der von MORISSE gegen die Rechtsscheintheorie erhobene Vorwurf [60], sie erschöpfe sich im Konstruktiven und vernachlässige den Rechtsgrund, ist nur bedingt richtig. Zwar trifft es zu, daß das Institut des Rechtsscheins als solches keinen Aufschluß darüber zu geben vermag, weshalb im konkreten Fall der scheinbaren gegenüber der wirklichen Lage der Vorzug gegeben wird. [61] Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß diejenigen, die die §§ 25, 28 HGB als Rechtsscheintatbestände auffassen, kein Konzept zum Haftungsgrund hätten. Sie gehen - wie im übrigen auch MORISSE [62] - davon aus, daß wir bei den Vorschriften über die Erwerberhaftung eine besondere Form des Gläubigerschutzes vor uns haben. [63] Ob dies nicht bereits im Ansatz falsch ist, wird noch zu erörtern sein.

Eine Rechtsfolge beruht vereinfachend formuliert dann auf einem Rechtsschein, wenn sie eintritt, obwohl ihre Voraussetzungen nicht tatsächlich, sondern nur in der Vorstellung Dritter vorliegen. [64] Es muß also ein äußerer Umstand gegeben sein, der die beteiligten Verkehrskreise auf eine Rechtslage schließen läßt, die in Wahrheit nicht besteht, auf die sie aber trotzdem vertrauen. [65]

---

60) S. 15

61) SIMITIS, Vertragsverhältnisse, S. 169
CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 3 f.

62) S. 32 ff.

63) vgl. die Angaben unter FN 58. Allerdings ist MORISSE zuzugeben, daß dieses eigentliche Ziel der Rechtsscheintheorie nur selten klar ausgesprochen wird, weil man ganz allgemein den Rechtsgrund der §§ 25 ff. HGB im Gläubigerschutz erblickt. Distanzierend nur SCHRICKER ZGR 1972, 121, 147 f. und GERLACH S. 15, 39 ff.

64) BRÜGGEMANN Anhang zu § 5 Anm. 3; WELLSPACHER, S. 115; KRAUSE S. 144; CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 518; KRÜCKMANN AcP Bd. 108 (1912), 179 ff. 180; NAENDRUP, RG-Fschr. III, S. 36 ff.; OERTMANN ZHR Bd. 95 (1930), 443 ff., 458; WESTERMANN JuS 1963, 1 ff.

65) zum Vertrauenstatbestand vgl. ausführlich CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 491 ff.

Der These der Rechtsscheintheorie zufolge sind die §§ 25, 28 HGB dementsprechend konstruiert. Im folgenden wird daher untersucht, ob sich die so skizzierten Merkmale des Rechtsscheintatbestandes in diesen Normen wiederfinden und ob, falls dem nicht so ist, Modifikationen möglich sind.

a) Bei § 25 HGB liegt der Umstand, der allein einen Anschein hervorrufen kann, auf der Hand. Aus dem Zusammenspiel der Absätze I und III ergibt sich, daß nur die Fortführung des Handelsgeschäfts unter der alten Firma in der Lage ist, ohne weiteres die Rechtsfolgen des § 25 I HGB herbeizuführen. Wenn der Vorschrift überhaupt ein Rechtsschein zugrundeliegen sollte, kann er sich nur auf die Firmenidentität bei ausgewechseltem Geschäftsinhaber stützen. [66] Man mag diese Anknüpfung angesichts des Umstandes, daß die Firma nach der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers in § 17 HGB nur der Name des Kaufmanns ist, überraschend finden [67], an der Tatsache, daß die Firmenfortführung als verkehrsrelevanter Umstand den Ausgangspunkt der rechtsscheintheoretischen Exegese bilden muß, kommt man nicht vorbei.

Bei § 28 HGB liegen die Dinge weniger klar. [68] Auf die Firma kann nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht abgestellt werden. Dennoch läßt sich auch hier ein Kontinuitätsmoment nachweisen, das geeignet ist, einen auf die Rechtsfolgen des § 28 I HGB gerichteten Anschein hervorzurufen: Der frühere Einzelkaufmann löst sich nicht so vollständig vom Geschäft wie es der Veräußerer im Fall des § 25 HGB tut. Er überträgt im

---

66) Lit. siehe bei FN 58

67) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 185 mit FN 11, 12

68) vgl.dazu SCHLÜTER S. 135 ff.; MORISSE S. 67 f.; GERLACH S. 52; SÄCKER ZGR 1973, 261, 279; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 138 ff. jew. m.w.N.

gesellschaftsvertraglich vereinbarten Umfang das Handelsgeschäft mit Aktiva und Passiva auf die Personenhandelsgesellschaft, an der er selbst beteiligt ist; bleibt mithin dem Unternehmen auch in Zukunft verbunden. Von daher ist es möglich, die Firmenidentität des § 25 I HGB durch die teilweise Kontinuität im personellen Bereich bei § 28 I HGB im Sinne der Rechtsscheintheorie zu parallelisieren und den Fortbestand des Geschäfts unter Beteiligung des bisherigen Einzelkaufmanns als Ausgangspunkt eines den Rechtsfolgen des § 28 I HGB entsprechenden Rechtsscheins aufzufassen. [69] Die Umstände, die geeignet sind, beim Geschäftsverkehr bestimmte, von den wirklichen Gegebenheiten abweichende Vorstellungen zu erwecken stehen damit fest.

b) Nunmehr muß es darum gehen, diese Vorstellungen näher zu bestimmen und auf ihre Vereinbarkeit mit den §§ 25, 28 HGB zu überprüfen. Es gilt einen Scheintatbestand zu finden, der die angeordneten Rechtsfolgen ohne Kollision mit dem Gesetzeswortlaut zu erklären vermag. Gelingt dies nicht, so fehlt der Rechtsscheintheorie bereits die konstruktive Basis.

Daß die §§ 25, 28 HGB nicht an die Vorstellung, das Handelsgeschäft selbst genieße Rechtsfähigkeit und sei das Subjekt seiner Forderungen und Verbindlichkeiten, [70] anknüpfen, ist offensichtlich. Zwar wäre auch dann eine Übergangsnorm nicht entbehrlich gewesen, weil das Gesetz diese Auffassung ja nicht teilt. Voll- und Teilerwerb hätten aber in einem Tatbestand und vor allem ohne jede Differenzierung nach der Firmenfortführung geregelt werden müssen.

69) BETTERMANN S. 200 f.; auch SCHRICKER, ZGR 1972, 121, 150 f. mit FN 125, 155 mit FN 131, faßt die personelle Kontinuität bei § 28 HGB als Grundlage eines kombinierten Vermögensübernahme- und Verkehrsschutzprinzips auf.

70) so die Ansicht von HASSENPFLUG, Elvers' Themis Bd. 1 (1827), 59 ff., zu ihm näher bei FN 168 f.

Für § 25 HGB [71] kommt ein in der Tendenz vergleichbarer Scheintatbestand in Betracht.

Die Firma spielt im Geschäftsverkehr eine über die ihr vom Gesetzgeber zugedachte weit hinausgehende Rolle, indem sie das Geschäft als solches identifiziert und symbolisiert. Faktisch wird das unter einer Firma geführte Handelsgeschäft als verselbständigter Bezugspunkt seiner Rechtsbeziehungen aufgefaßt, die Person des Inhabers tritt dahinter zurück.

Der Vollerwerb unter Beibehaltung der Firma erweckt daher den Anschein, das Geschäft werde wie bisher am Marktgeschehen teilnehmen und mit den bestehenden Geschäftsverbindungen weitergeführt. In der Terminologie des Gesetzes wird der Schein gesetzlich angeordneter Schuldübernahme bzw. Zession erweckt.

Daß der Gesetzgeber die damit ausgesprochene rechtliche Verselbständigung der Firma gerade abgelehnt hat, wirkt in diesem Zusammenhang nicht störend. [72] Die Bevorzugung der vom Dritten angenommenen Rechtslage gegenüber der tatsächlich gegebenen ist das Charakteristikum des Rechtsscheins. Lediglich über die Schutzwürdigkeit einer solchen gesetzwidrigen Vorstellung ließe sich streiten. [73]

---

71) Mit dem Kontinuitätsmerkmal bei § 28 HGB - fortdauernde Mitinhaberschaft des früheren Einzelkaufmanns - ließe sich eine ähnliche Argumentation aufbauen. Wegen der im wesentlichen gleichlautenden Einwände wird dies aber nicht weiter verfolgt. -

Für einen Rechtsschein der Firmenverselbständigung sprechen sich WÜRDINGER § 25 Anm. 1; J. v. GIERKE-SANDROCK S. 217 aus. Sehr deutlich in diesem Sinne äußert sich BOLTE ZHR Bd. 51 (1902), 413, 427 f.

72) a.A. CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 185, der richtig folgert, § 25 HGB beruhe auf einer falschen Rechtsansicht, aber nicht bereit ist, einer derartigen Verkehrsauffassung entgegenzukommen.

73) In diesem rechtspolitischen Moment liegt wohl der Schwerpunkt der Kritik von CANARIS aaO. Dennoch geht er in seiner Ablehnung viel zu weit. Gegen ihn argumentiert auch GERLACH S. 19 f. mit FN 105, 114

Das kann jedoch ebenso dahingestellt bleiben wie die rechtstatsächliche Frage, ob sich die Auffassungen der Geschäftswelt so weit vom Gesetz entfernt haben, daß es in diesem Punkte einer Korrektur bedarf. [74]

Bereits die Tatbestandsstruktur des § 25 HGB zeigt, daß der Gesetzgeber keinesfalls vom Anschein einer rechtlichen Verselbständigung der Firma ausging.

Die Forthaftung des Veräußerers, die das Gesetz - wenn auch mit zeitlicher Begrenzung - in § 26 HGB als selbstverständlich voraussetzt ist im Lichte dieses Ansatzes systeminkonform.

Das Fehlen einer Haftungsbeschränkung auf das übernommene Handelsgeschäft ist entgegen CANARIS kein durchgreifendes Argument. [75] Auch wenn der Geschäftsverkehr den Inhaber hinter die Firma zurücktreten läßt, muß er nicht notwendig die Tatsache seiner persönlichen Haftung außer Acht lassen. [76] Beide Vorstellungen schließen sich nicht aus.

Unerklärbar bleibt für den Rechtsschein der verselbständigten Firma die Regelung der Legalzession in § 25 I 2 HGB. Der Grund für die Einführung eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmales, das noch dazu allein auf das Innenverhältnis bezogen ist, kann nur in anderen Momenten liegen.

Schwierigkeiten ergeben sich auch mit § 25 II HGB. Die Existenz einer Ausschlußmöglichkeit läßt sich damit rechtfertigen, daß der Gesetzgeber um die Irrigkeit der Verkehrsauffassung wußte

---

74) Dafür spricht einiges. Vgl. insoweit die Ausführungen bei BOLTE ZHR Bd. 51 (1902), 413, 427 f.; E. ADLER ZHR Bd. 85 (1921), 93, 98; DOMKE S. 22; JORDAN S. 19, 53; Th. RAISER S. 16; HOMMELHOFF S. 17; FORKEL Fschr. PAULICK, S. 101, 103, 105, 107; BRECHER AcP Bd. 171 (1971), 378, 379

75) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 185

76) Aufgrund der Entscheidung des BGH v. 18. 3. 1974, BGHZ 62, 216 ff. muß hinter der Firma eines Einzelkaufmanns mindestens eine persönlich haftende natürliche Person stehen. Ein Bestandsschutz ist nach BGH v. 18. 9. 1975, BGHZ 65, 103 ff. nicht anzuerkennen.

und der von ihm gewollten Rechtslage zum Durchbruch verhelfen wollte. [77] Ihre Ausgestaltung ist aber mit dem hier geprüften Anschein nicht in Einklang zu bringen.

Warum allein eine Vereinbarung von Veräußerer und Erwerber in der Lage sein soll, den gesetzten Rechtsschein zu entkräften, ist aus der Sicht derer, die die Firma für berechtigt und verpflichtet halten, unerfindlich. [78] Von dieser Basis aus müßte eine einseitige Verwahrung des Übernehmers völlig ausreichen. Nach allgemeiner Ansicht [79] ist das nicht der Fall.

Schließlich muß auch überraschen, daß eine außerhalb der in § 25 II HGB festgelegten Informationswege anderweit erlangte Kenntnis von einer Ausschlußvereinbarung zwar den Schein, nicht aber die Rechtsfolgen des § 25 I HGB beseitigt. [80]

Auf einen Firmenrechtsschein kann § 25 HGB jedenfalls nicht allein zurückgeführt werden.

Es könnte jedoch sein, daß der Geschäftsverkehr dem Vorliegen der Tatbestände der §§ 25, 28 HGB eine bestimmte rechtsgeschäftliche Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Erwerber bzw. Eintretendem und dem bisherigen Alleininhaber entnimmt. Das Gesetz könnte daher auf dem Rechtsschein einer internen Vereinbarung, die den Übergang der bestehenden Forde-

---

77) GERLACH S. 19 hält § 25 II im ganzen für inkonsequent.

78) ebenso GERLACH aaO.

79) vgl. die Kommentarliteratur zu §§ 25 ff. HGB

80) Nach überwiegender Ansicht sind die Informationswege der §§ 25, 28 HGB exklusiv: BGH v. 1. 12. 1958, BGHZ 29, 1, 4; WÜRDINGER § 25 Anm. 22, § 28 Anm. 8; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 18; FISCHER in BGH LM Nr. 3 zu §28 HGB; SÄCKER ZGR 1973, 261, 269 f.
a.A.: M. WOLFF ZHR Bd. 47 (1898), 247, 263 f.;GERLACH S. 25 ff.; ausführlich s.u. § 9

rungen und Verbindlichkeiten zum Ziel hat, beruhen. [81]

Auch dieser Ansatz läßt sich nicht ohne Kollision mit dem Wortlaut durchhalten.

Nach der klaren Aussage des Gesetzes treten die Rechtsfolgen der §§ 25 I, 28 I HGB ein, sobald der Übernehmer bzw. die nunmehrigen Teilhaber das Geschäft fortführen. Der Zeitpunkt, von dem ab die Unternehmenspolitik mindestens partiell fremdbestimmt ist, gelangt jedoch nicht unbedingt an die Öffentlichkeit. Es ist durchaus denkbar, daß die Veräußerungsparteien die Geschäfte zunächst einige Zeit ohne Verlautbarung der eingetretenen Veränderungen fortlaufen lassen. [82] Am Eintritt der Rechtswirkungen der §§ 25 I, 28 I HGB besteht kein Zweifel. Der Anschein interner Schuldübernahme bzw. Abtretung kann aber überhaupt noch nicht entstanden sein. Anlaß zu einer diesbezüglichen Annahme hat die Geschäftswelt erst, wenn sich der Übernehmer oder der neue Teilhaber als solche zu erkennen geben, d. h. bei allgemein oder speziell adressierter Mitteilung bzw. Registereintrag. Eine damit gleichzeitig abgegebene Ausschlußerklärung nach §§ 25 II, 28 II HGB kommt unweigerlich zu spät und ist unwirksam. [83] Obwohl der Anschein einer internen Vereinbarung nicht entstehen konnte, sind die Veräußerungsparteien an seine Rechtsfolgen gebunden.- Der Schein wird von der angeblich auf ihm beruhenden Wirkung überholt.

---

81) HELLWIG, Verträge, S. 403 zu § 25 HGB, S. 411 zu § 28 HGB BGH v. 13. 10. 1955, BGHZ 18, 248, 250 f.; BGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 234, 239

82) Etwa, weil noch Kreditzusagen oder Genehmigungen ausstehen oder der Erwerber sich einen besseren Überblick verschaffen will. Ein solcher - möglicherweise auch auf Gesetzesunkenntnis beruhender - Fall liegt der Entscheidung des BGH v. 1. 12. 1958, BGHZ 29, 1 ff., zugrunde.

83) BGH v. 1. 12. 1958, BGHZ 29, 1 ff.; WÜRDINGER § 25 Anm. 24; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 14 stellen sehr hohe Anforderungen. Großzügiger ist GERLACH S. 44 f. mit FN 226. Ausführlich s.u. § 9

Dem damit eigentlich fälligen Verdikt über die Rechtsscheintheorie versucht GERLACH dadurch zu entgehen, daß er die beiden zuletzt besprochenen Ansätze miteinander kombiniert: [84] Von der Übernahme bis zur Bekanntgabe der Veränderung soll der Anschein der Verselbständigung der Firma maßgeblich sein, um dem frühen Eintritt der Rechtsfolgen Rechnung zu tragen, nach der Kundgabe der Anschein einer auf Schuldübernahme und Abtretung gerichteten internen Vereinbarung.

Diese Konstruktion, die mehr am gewünschten Ergebnis [85] als an praktischer Vernunft orientiert ist, ist nicht haltbar. Hier wird Unvereinbares miteinander verklammert. Denn wenn der von der Firma ausgehende Rechtsschein durch den einer rechtsgeschäftlichen Übereinkunft abgelöst werden soll, müßte sich mit der Verlautbarung des - mindestens partiellen - Inhaberwechsels ein Wandel in der Vorstellung der Geschäftswelt vollziehen. Das ist angesichts der dominierenden Identifikationsfunktion der Firma nicht zu erwarten. Wer die Firma für seinen Partner am Markt hält, gibt diese Vorstellung nicht auf, wenn sich ein anderer als ihr Hintermann zu erkennen gibt.

Die Fragwürdigkeit der Konstruktion zeigt auch der Umstand, daß ein einseitiger Ausschluß, der seine Grundlage nicht in einer Vereinbarung der Veräußerungsparteien findet, zwar den Schein zerstört, am Schuldbeitritt und an der Legalzession aber nichts ändert. [86]

Die Rechtsscheintheorie bietet somit keine bedenkenfreie Interpretation.

c) Der Vollständigkeit halber [87] soll noch kurz auf das Merkmal der rechtsscheininduzierten Vertrauensdisposition eingegangen werden.

Ein gesetzter Rechtsschein ist allein aus seiner Existenz her-

---

84) GERLACH S. 23 ff.

85) Die Lektüre erweckt den - im Ergebnis dann doch unzutreffenden - Eindruck, der Autor sei mit allen Mitteln auf eine Rechtfertigung der Rechtsscheintheorie aus.

86) so im Ergebnis auch GERLACH S. 27

87) In diesem Punkt wird die Rechtsscheintheorie vornehmlich angegriffen: CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 184; BÖRNER, Fschr. MÖHRING 1975, 36, 38; HECKELMANN, Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, S. 129, 134 f.; FISCHER in BGH LM Nr. 3 zu § 28 HGB; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 138; SÄCKER ZGR 1973, 261, 269

aus nicht in der Lage, zugunsten eines Dritten bzw. zulasten des Handelnden zu wirken. Als weiteres Moment muß das Vertrauen desjenigen, der sich auf ihn berufen will, hinzutreten. [88]

Da dem Wortlaut der §§ 25, 28 HGB dieses Erfordernis nicht zu entnehmen ist, treten Schuldmitübernahme und Legalzession auch dann ein, wenn der Dritte als Geschäftsgläubiger oder -schuldner von der Firmenfortführung nichts wußte, mit ihr keinen Anschein einer ihm günstigen Rechtslage verband oder von einer Ausschlußvereinbarung auf eine in §§ 25 II, 28 II HGB nicht genannte Weise erfahren hat. [89]

Die beiden ersten Fälle sind für die Rechtsscheintheorie unproblematisch. Positives Vertrauen im konkreten Einzelfall wird auch bei anderen Rechtsscheintatbeständen nicht verlangt. Es reicht aus, wenn nach dem normalen Lauf der Dinge ein Vertrauen des Dritten erwartet werden kann. [90]

Der Fall der Kenntnis von einer nicht ordnungsgemäß bekanntgegebenen Ausschlußvereinbarung bringt die Rechtsscheintheorie in arge Bedrängnis. Von einem Rechtsschein kann hier keine Rede sein. Der Wissende, der keiner Scheinvorstellung erlegen

---

88) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 503 ff.; MORISSE S. 21 m.w.N. in FN 2

89) s.o. bei FN 83

90) So kann vom Bucheigentümer ohne Einsicht in das Grundbuch erworben werden. Ebenso ist die Rechtslage bei Handelsregister und Erbschein. Dies ergibt sich aus den den Vertrauenstatbeständen beigefügten Beweislastregeln. Bis zum Beweis des Gegenteils geht das Gesetz von der abstrakten Wahrscheinlichkeit des guten Glaubens aus, vgl. KRAUSE S. 144; NAENDRUP, RG-Fschr. III, S. 38 f.; CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 507 f.

ist, kann nicht verlangen, daß zu seinen Gunsten der scheinbaren Rechtslage vor der wirklichen der Vorzug gegeben wird.[91]

Diejenigen Fälle, in denen auch einmal einem Informierten eine Verbesserung seiner Rechtslage zuteil wird, beruhen auf anderen als Rechtsscheinmomenten.[92] § 173 BGB schließt zwar seinem Wortlaut nach die Berufung auf die Vollmacht der §§ 171, 172 BGB nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Erlöschens, nicht aber der fehlerhaften Bevollmächtigung aus. Die herrschende Meinung sieht darin jedoch ein Versehen des Gesetzgebers und wendet § 173 BGB auf beide Fälle an.[93] § 409 BGB, der den Schuldner auch bei Kenntnis der Unrichtigkeit der Anzeige schützt, gründet sich nicht auf einen Rechtsschein.[94] Dem Schuldner soll vielmehr die Nachprüfung der ihm zugegangenen Mitteilung auf ihren Wahrheitsgehalt hin erspart werden.[95] Schließlich hilft auch § 5 HGB der Rechtsscheintheorie im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter. Dies liegt auf der Hand, soweit man die Vorschrift von vornherein als normative Festlegung der Adressaten des HGB auffaßt.[96] Aber selbst wenn § 5 HGB als Rechtsscheinstatbestand konzipiert sein sollte[97], fehlt es an der nötigen Vergleichbarkeit mit den §§ 25, 28 HGB.

---

91) vgl. die bei MORISSE S. 24 FN 2 und SCHLÜTER S. 126 FN 4 angegebene Literatur.

92) Die im folgenden angesprochenen Vorschriften werden von MORISSE S. 24 ff. und SCHLÜTER S. 126 ff. mit gegenläufigem Ergebnis behandelt.

93) PALANDT-HEINRICHS § 173, 1 m.w.N.

94) KRAUSE S. 145 f.; MORISSE S. 25; SCHLÜTER S. 126 ff.

95) vgl. zu § 409 BGB auch BÖRNER, Fschr. MÖHRING 1975, S. 37, 40.

96) vgl. K. SCHMIDT JuS 1977, 209, 211 f. m.w.N.

97) BAUMBACH-DUDEN § 5 Anm. 1 A und SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT § 5 Anm. 2 sprechen von einer Vermutung, BRÜGGEMANN § 5 Anm. 3 von einer Fiktion. Für die Einordnung als Rechtsschein: WESTERMANN JuS 1963, 1.
Weitere Nachweise und ausführliche Auseinandersetzung bei MORISSE S. 26 f. und SCHLÜTER S. 128 ff.

Diese Normen schützen - im Sinne der Rechtsscheintheorie argumentiert - diejenigen Gläubiger und Schuldner des konkreten Handelsgeschäfts, deren Forderungen und Verbindlichkeiten zur Zeit des Übergangs noch ausstehen und auch nicht sofort im Anschluß daran vom Veräußerer beglichen werden. § 5 HGB zielt dagegen auf den Rechtsverkehr als Gesamtheit aller potentiellen wie tatsächlichen Geschäftspartner. [98] Das legt es nahe, über eine "Abstraktion von der Bewußtseinslage des einzelnen" zu einer "Art von Erweiterung des Schutzprinzips auf höherer Ebene" [99] zu kommen, um die mit der Vollkaufmannseigenschaft verbundene "technische Vereinfachung" [100] des Handelsverkehrs nicht durch Zweifel am Vorliegen ihrer Voraussetzungen zu schwächen. Die Schwierigkeiten, in die der Erwerber beim Nachweis kommen kann [101], sind von anderer Dimension. Sie sind nicht größer als etwa in den Rechtsscheinfällen des BGB. Durch den Hinweis auf vermeintlich verwandte Tatbestände läßt sich das Fehlen des Vertrauenserfordernisses und einer entsprechenden Beweislastregel, die den Wissenden von den gewährten Vergünstigungen ausschließt, nicht überspielen.

Die Rechtsscheintheorie ist damit ein weiteres Mal am Ende ihrer Möglichkeiten angelangt.

Es gibt noch eine zusätzliche Unstimmigkeit.

Nach dem allgemeinen Rechtsscheintatbestand muß das auf einem vom Rechtsscheinbelasteten gesetzten Anschein beruhende Vertrauen des Dritten seinen Ausdruck in einer Vertrauensdisposition gefunden haben. [102] Es müssen Entschließungen nachgewie-

---

98) BAUMBACH-DUDEN § 5 Anm. 1 A, F

99) SCHLÜTER S. 130

100) WELLSPACHER S. 77

101) darauf weist SCHLÜTER S. 131 hin, um eine Parallele zu § 5 zu konstruieren.

102) BGH v. 11. 3. 1955, BGHZ 17, 13, 19
BGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 234, 239
CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 510 ff.

sen werden können, die ohne das rechtsscheininduzierte Vertrauen nicht oder doch jedenfalls nicht in der konkreten Art und Weise vorgenommen worden wären. Allein dies macht den Dritten schutzwürdig, da er nicht vor Rechtsirrtümern als solchen, sondern vor dadurch bewirkten Nachteilen an rechtlich geschützten Gütern bewahrt werden soll.

Für § 25 HGB läßt der BGH [103] dieses Erfordernis fallen. Der Rechtsscheingedanke soll hier "eine weitergehende Bedeutung gewinnen und Rechte auch für denjenigen begründen, der sich auf diesen Rechtsschein verläßt, ohne durch sein Vertrauen zu bestimmten Entschließungen veranlaßt zu werden". [104]

Die Richtigkeit der Prämisse vorausgesetzt, wäre eine derartige Verkürzung des Rechtsscheintatbestandes durchaus diskussionsfähig. Allerdings bliebe zu fragen, ob damit der Boden der Rechtsscheintheorie nicht verlassen würde. Denn die Notwendigkeit einer Modifikation des Rechtsscheinsgedankens kann nur aus ihm wesensmäßig fremden Umständen erwachsen. [105]

Im Ergebnis trifft die Ansicht des BGH, nur vermittels einer Korrektur des normalen Rechtsscheintatbestandes lasse sich dieser Ausgangspunkt überhaupt halten, zu. Die Dispositionen, die auf der Seite des Dritten in Betracht kommen, entsprechen näm-

103) BGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 234 ff.

104) BGH v. 29. 11. 1956, aaO. S. 239

105) In diesem Zusammenhang erscheint das Urteil des BGH v. 1. 12. 1958, BGHZ 29, 1 ff. sehr instruktiv.
Das OLG MÜNCHEN als Vorinstanz hatte in Anlehnung an BGH v. 29. 11. 1956, aaO., einen Haftungsausschluß, der zwar verspätet war, dem aber noch keine Verkehrsauffassung entgegenstand, für wirksam erklärt, weil es nicht nur an einer Disposition, sondern überhaupt an einem Rechtsschein fehle. Der BGH hebt auf und führt aus: "Die Haftung des Übernehmers knüpft also allein an die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma an und erfordert kein weiteres zusätzliches Tatbestandsmerkmal. Namentlich ist nicht eine besondere Feststellung in der Richtung notwendig, daß die Allgemeinheit oder der im Einzelfall in Betracht kommende Gläubiger der Meinung waren, der Erwerber werde auch für die bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten aufkommen." (BGHZ 29, 1, 3 f.)
Der Rechtsschein hat hier keine weitergehende, sondern überhaupt keine Bedeutung mehr.

lich in keiner Weise denen, die eigentlich zu erwarten wären.

Bei GERLACH wird dies offensichtlich. Er sieht eine ganze Palette von Dispositionsmöglichkeiten, "angefangen von neuen Kreditbewilligungen an den nunmehrigen Inhaber über die Leistung von Waren oder Dienstleistungen sowie deren Bestellung bis hin zur Geltendmachung der (Alt-)Verbindlichkeiten gegenüber dem neuen Inhaber". 106)

Diese Entschließungen beruhen selbstverständlich auf einem Vertrauen des Dritten. Es handelt sich dabei aber um das Vertrauen in die Fortsetzung bestehender Geschäftsbeziehungen in der Zukunft und - unausgesprochen - die Rentabilität künftiger Austauschverhältnisse. Der Dritte manifestiert ein geschäftsbedingtes Vertrauen, das sich auf Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Erwerbers richtet und allein in seiner Person seine Grundlage findet. Im Grunde ist dieses Vertrauen nur das unternehmerische Risiko, wenn auch unter einem anderen Blickwinkel betrachtet.

Der Schein, der vom Geschäftserwerb nach den §§ 25, 28 HGB ausgeht - unterstellt, er ließe sich definieren - ist aber eindeutig auf die zur Zeit des Übergangs im Geschäft begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten bezogen. Mehr als die Übernahme bestehender, noch nicht völlig abgewickelter Rechtsverhältnisse - etwa die Verpflichtung des Erwerbers zur Fortsetzung der alten Geschäftsbeziehungen auch in die Zukunft hinein - läßt sich aus den in §§ 25, 28 HGB angeordneten Rechtsfolgen nicht entnehmen. 107)

Entgegen GERLACH kommen daher unter dem schuld- und forderungsbezogenen Anschein nur konkret schuld- und forderungsbezogene Dispositionen in Betracht: Stundung, Hinausschieben der Klage, Leistung an den Erwerber.

Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie dem Eintritt der Rechtswir-

---

106) GERLACH S. 30

107) Hier käme etwa § 26 II 2 GWB in Betracht.

kungen der §§ 25, 28 HGB zeitlich nachfolgen. Da aber erst die Vertrauensdisposition den Schein aus dem Unverbindlichen in die Sphäre des Rechts emporhebt [108], sind die §§ 25, 28 HGB auch in diesem Punkte nicht mit der Rechtsscheintheorie in Einklang zu bringen.

Selbst wenn man zulassen wollte, daß Gläubiger und Schuldner sich Schuldbeitritt und Legalzession nachträglich "verdienen", bleibt das Argument, daß weder im Tatbestand noch bei den Rechtsfolgen [109] nach der Vornahme einer Disposition differenziert wird.

III. Die Vermögensübernahmetheorie

Mit der Vermögensübernahmetheorie rückt nach dem Erwerberwillen und der Außenwirkung der Geschäftsübernahme der dritte mögliche Anknüpfungspunkt in den Vordergrund: Das Handelsgeschäft selbst als Veräußerungsgegenstand.

Ihr zufolge verhindern die §§ 25, 28 HGB, daß den Altbläubigern durch den Übergang des Unternehmens die für ihre Forderungen haftende Vermögensmasse entzogen wird. Der Übernehmer bzw. die fortführende Gesellschaft soll die Altverbindlichkeiten regulieren müssen, weil ihnen nunmehr die Vermögensgegen-

---

108) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 510

109) FISCHER in BGH LM Nr. 3 zu § 28 HGB weist darauf hin, daß vom Rechtsscheingedanken her der Erwerber eigentlich nur bei einem Ausfall des Altgläubigers in der Zwangsvollstreckung gegen den Veräußerer haften müßte. Andeutungen dieser Art finden sich auch bei GERLACH S. 30.

stände zustehen, auf die hin dem Veräußerer Kredit gewährt wurde. [110]

Die §§ 25, 28 HGB erscheinen damit als handelsrechtliche Verlängerungen von § 419 BGB. [111] Die Unterschiede sind allerdings beträchtlich.

---

110) Zu § 25 HGB wird die Vermögensübernahmetheorie vertreten von:

RG v. 15. 12. 1931, RGZ 135, 104, 108
RG v. 11. 10. 1935, RGZ 149, 25, 28
RG v. 20. 4. 1937, RGZ 154, 334, 336 f.
BGH v. 13. 10. 1955, BGHZ 18, 248, 250
BGH v. 10. 3. 1958, BGHZ 27, 29, 34
BGH v. 10. 2. 1960, BGHZ 32, 62, 66
BGH v. 10. 1. 1962, BGHZ 36, 265, 271 f.
BGH v. 24. 9. 1962, BGHZ 38, 44, 47
RAISCH, Unternehmensrecht Bd. 1, S. 110 (and. noch in Gesch. Vor. S. 214 FN 22, wo, wenn auch mit Präferenz für den Vermögensübernahmegedanken, alle gängigen Theorien vertreten werden)
MORISSE S. 32 ff.; NIES S. 73; MÜLLER S. 224; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 150 ff. unter Hinzuziehung von Rechtsscheinmomenten;
vgl. auch die Ausführungen des Abgeordneten ROEREN in der Reichstagssitzung v. 9. 2. 1897 (Sten. Ber. 4559, bei HAHN-MUGDAN S. 466)
HECKELMANN, Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, 129, 147, folgt zwar nicht der Vermögensübernahmetheorie, sieht das Vermögenshaftungsprinzip aber als "Mindesthaftungssubstrat in § 25 Abs. 1 HGB mitenthalten". Dazu näher in § 10 IV.

Zu § 28 HGB wird die Vermögensübernahmetheorie vertreten von:

RG v. 13. 10. 1933, RGZ 142, 98, 106
RG v. 8. 6. 1940, RGZ 164, 115, 120
BGH v. 14. 6. 1961, LM Nr. 4 zu § 28 HGB
BGH v. 6. 7. 1966, LM Nr. 5 zu § 28 HGB
BAUMBACH-DUDEN § 28 Anm. 1 A; LARENZ JW 1934, 224; MORISSE S. 69 ff.; PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 260 f.;
LIEB, Fschr. WESTERMANN, 309, 324 ff. betont eine enge Verwandtschaft zwischen § 419 BGB und § 28 HGB.

111) Die Berechtigung des § 419 BGB wird vielfach angezweifelt. PAULUS ZZP Bd. 64 (1951), 169, 191 ff.; SCHRICKER JZ 1970, 265, 269 ff. m.w.N.; KOZIOL JBl. 1967, 550, 553 kritisieren die fehlende Berücksichtigung des Entgelts. WILBURG in Fschr. LARENZ, 661 ff., lehnt § 419 BGB völlig ab, weil die Vorschrift "als eine willkürliche Belastung des Erwerbers ... in freier Luft hängt" (S. 666) und "zu den Prinzipien, die im Gläubigeranfechtungsrecht gelten, in einem schweren Wertungswiderspruch steht" (S. 669). Zustimmend äußern sich BIBERGEIL S. 6 ("Wiederbelebung deutschen Rechtsgutes"); BERGENROTH MDR 53, 140 ("Eckpfeiler des geltenden Rechts"); HELLWIG S. 402 ff.; O.V. GIERKE, Fschr. MARTITZ, 72 ff.; KOUMANTOS S. 128 ff.

Im Gegensatz zu § 419 BGB kennen die Vorschriften des HGB über die Erwerberhaftung keine Beschränkung der Haftung auf das übernommene Vermögen.

Die Altgläubiger haben daher nicht nur die Chance, am Prosperieren des Geschäfts in der Hand des Erwerbers - u. U. erst nach einer Stärkung aus Eigenmitteln - teilzuhaben, sondern können sich auch unmittelbar an dessen Privatvermögen halten. Die im Gefolge des § 419 BGB eintretende Verdoppelung der Haftungsmasse [112] wird hier noch übertroffen, indem den Altgläubigern zwei unbeschränkt haftende Schuldner gegenüberstehen. Dabei wird - im Gegensatz zur Rechtslage bei Vermögensübertragung nach dem BGB - nur ein Teil derer, die Forderungen an den Veräußerer haben [113], dieser Verbesserung der Realisierungsaussichten teilhaftig: Die Privatgläubiger müssen sich weiterhin ausschließlich an das Vermögen des früheren (Allein-)Inhabers halten, [114] dem im Falle des § 28 HGB noch nicht einmal ein Gegenwert zugeführt wird, auf den sie ohne Schwierigkeiten zugreifen könnten. [115]

---

112) Vgl. SCHRICKER, JZ 1970, 265: Der Gläubiger "kann beim Verkäufer den Kaufpreis pfänden oder sich beim Käufer an das Grundstück halten. Die Haftungsmasse hat sich auf wundersame Weise verdoppelt. ... Einem unverdienten Vorteil des Gläubigers steht eine unbillige Härte für den Käufer gegenüber."

113) Die §§ 25, 28 HGB beziehen sich ausdrücklich nur auf die im Geschäft begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten. Zu der damit zusammenhängenden Frage nach der Sondervermögensqualität des Handelsgeschäfts s.u. S. 150 ff.

114) Anders nur, wenn das Geschäft der einzige Vermögensgegenstand war. § 419 BGB findet dann auch auf eine Geschäftsveräußerung Anwendung - allerdings mit der Maßgabe des § 419 II BGB.

115) Die Beiträge des eingetretenen Teilhabers werden regelmäßig in die Gesellschaft fließen, vgl. die Ausführungen bei BGH v. 6. 7. 1966, LM Nr. 5 zu § 28 HGB; LIEB, Fschr. WESTERMANN, 309, 322; PISKO, Unternehmen , S. 193 f.; ders., Ehrenbergs Handbuch, S. 260 f. - zu den von PISKO gezogenen Schlüssen s. u. bei FN 124, 125.

MORISSE hält das Fehlen einer Beschränkungsmöglichkeit bei den §§ 25, 28 HGB nicht für entscheidend, da die Haftung allein mit dem Übernommenen kein unabdingbares Element des Vermögensübernahmeprinzips sei. [116]

Diese Ansicht ist zutreffend. [117] Allerdings sieht § 419 BGB eine Beschränkungsmöglichkeit vor, obwohl auch hier der Erwerber jederzeit und von den Gläubigern unkontrolliert auf den Bestand der übernommenen Vermögensmasse Einfluß nehmen kann. Da die §§ 25, 28 HGB wie § 419 BGB Fälle der Singularsukzession betreffen, bedarf der Verzicht auf eine Beschränkungsmöglichkeit nach Art des § 419 BGB bei ihnen einer Begründung.

MORISSE führt hierfür praktische Erwägungen ins Feld. [118] Die Notwendigkeit eines raschen Warenumschlags führe dazu, daß die übernommene Vermögensmasse sich sehr schnell verflüchtige und daher nicht mehr zur Befriedigung der Altgläubiger dienen könne.

Abgesehen davon, daß nicht nur auf Warenumsatz zielende Unternehmen bzw. Kaufleute dem Katalog des § 1 II HGB unterfallen, übersieht er die Möglichkeit, dem Erwerber eine summenmäßige Begrenzung einzuräumen. Auf diese Weise hätte dem Vermögensübernahmeprinzip Rechnung getragen werden können. [119]

In anderer Hinsicht bleiben die §§ 25, 28 HGB weit hinter dem zurück, was nach der Vermögensübernahmetheorie zu fordern wäre.

---

116) MORISSE S. 39 ff.

117) vgl. die bei MORISSE aaO. herangezogenen Vorschriften

118) S. 44 unter Hinweis auf BGH v. 6. 7. 1966, LM Nr. 5 zu § 28 HGB und WIELAND S. 284; ähnlich auch BRUCKHUISEN S. 65; HELLWIG S. 400

119) mit der fehlenden Beschränkungsmöglichkeit argumentieren auch BETTERMANN S. 195 ff.; GERLACH S.35; CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 183; HECKELMANN, Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, 129, 135 f.; FISCHER in BGH LM Nr. 3 zu § 28 HGB; SÄCKER ZGR 1973, 261, 271

Die Auffassung, daß derjenige, der die Haftungsgrundlage des einem Schuldner gewährten Kredits übernimmt, auch dessen Gläubigern haften soll, geht auf den deutsch-rechtlichen Vermögensbegriff zurück. Danach wird der Vermögensstand nicht durch den Abzug der Verbindlichkeiten von den Aktiva ermittelt. Unter Vermögen wird vielmehr das Aktivvermögen in seiner vollen Höhe verstanden. Die Schulden mindern dieses nicht, sondern ruhen gleichsam als Lasten auf ihm und gehen daher auch mit ihm auf einen neuen Inhaber. [120]

Dieses Prinzip der strikten Bindung der Passiven an die Aktiven erfährt in der Erwerberhaftung nach dem HGB an drei Stellen eine Durchbrechung: Der Erwerb des Haftungsfonds zieht keinen Schuldbeitritt nach sich, wenn der Übernehmer sich in einer bestimmten Weise verhält.

Die §§ 25, 28 HGB verlangen, daß das Handelsgeschäft fortgeführt wird. Andernfalls haftet der Erwerber nicht, obwohl an einer Verkürzung der Vermögensmasse kein Zweifel besteht.

Für die Vermögensübernahmetheorie ist dieses Tatbestandsmerkmal unerklärlich. [121] Daß die Altgläubiger weniger schutzwürdig sind, wenn das Geschäft im Anschluß an den Erwerb stillgelegt, ausgeschlachtet oder unter Verlust seiner Identität in ein anderes eingegliedert wird, wird man ernstlich nicht behaupten können. MORISSEs Hinweis, eine Reihe von Verbindlichkeiten könne sinnvoll nur bei Fortbestehen der Unternehmensorganisation, innerhalb der sie begründet wurden, abgewickelt werden, ist richtig, vermag aber nicht zu erklären, warum die Gläubiger nicht wenigstens ihre Schadensersatzansprüche in die

---

120) zum deutschrechtlichen Vermögensbegriff vgl. die Definition in RG v. 17. 10. 1908, RGZ 69, 283, 285 sowie BGH v. 14. 7. 1959, BGHZ 30, 267, 269 f. Ausführlich SCHRICKER JZ 1970, 265, 269 bei FN 46 und ZGR 1972, 121, 141 ff.; HELLWIG S. 390 ff.; O. V. GIERKE, Fschr. MARTITZ, S. 61 ff.

121) BETTERMANN S. 195; deswegen vertritt MORISSE (S. 57) eine "Einschränkung des Wirkungsbereichs des Güterübernahmeprinzips".

übernommenen Gegenstände verfolgen dürfen.

Im Falle des Vollerwerbs kann sich zudem der Erwerber durch die Annahme einer neuen Firma der Altschuldenhaftung entziehen. [122] Mithin führt erst die Übernahme der immateriellen Werte des Handelsgeschäfts zum Schuldbeitritt. Daß diese Rechtsfolge eintritt, bevor der Erwerber sich den Firmenmehrwert nutzbar machen konnte, ist nicht von Belang [123], da es der Vermögensübernahmetheorie nur um den Erwerb der werthaften Gegenstände, nicht um ihre profitable Ausnutzung geht.

Störend ist aber der Verzicht auf die Firmenfortführung in § 28 I HGB. [124] Da die partielle personelle Kontinuität kein immaterieller Unternehmenswert ist, greift die Haftung hier schon bei geringeren Voraussetzungen ein - ein nicht eben sinnvolles Ergebnis. Der Hinweis auf die im Vergleich zum Vollerwerb nicht unmittelbar der Haftungsmasse zugute kommenden Beiträge des neuen Teilhabers [125] verfängt nicht, da die Gegenleistung beim Vermögensübernahmeprinzip wegen der Bindung der Passiva an die Aktiva in keinem Falle berücksichtigt wird. [126]

Schließlich eröffnen die §§ 25, 28 HGB die Möglichkeit, die Haftung auszuschließen, obwohl die Voraussetzungen eigentlich gegeben sind. [127]

---

122) vgl. MORISSE S. 60 mit FN 1

123) a.A. SCHLÜTER S. 114

124) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 187; L. COHN, Gruchot Bd. 42 (1898), 46, 65; FISCHER in BGH LM Nr. 3 zu § 28 HGB; SÄCKER ZGR 1973, 261, 279 f.

125) DOMKE S. 65; PISKO wie FN 115

126) vgl. zu § 419 BGB die Angaben in FN 111 und speziell zu den §§ 25 ff. HGB GERLACH S. 55 und SCHRICKER ZGR 1972, 121, 153 bzw. FN 128 a.E.

127) MORISSE S. 45 muß die Geltung des Güterübernahmeprinzips auf die Fälle der §§ 25 I 1, 28 I 1 HGB, in denen die Haftung tatsächlich eintritt, beschränken. Die §§ 25 II, 28 II HGB beruhen nach seiner Auffassung auf anderen Gründen. Auch LIEB, Fschr. WESTERMANN, 309, 322 macht Vorbehalte geltend:" ... § 28 II HGB ist demnach nicht nur verfehlt, sondern schlechthin sinnwidrig, da sie den notwendig durch § 28 I HGB begründeten Gläubigerschutz wieder aufhebt".

Diese Umstände zeigen, daß der Erwerb des Handelsgeschäfts - in der Terminologie der Vermögensübernahmetheorie: der Entzug des Haftungsfonds - allein überhaupt nicht zu einem Schuldbeitritt des Übernehmers führt. Die §§ 25 I, 28 I HGB greifen vielmehr erst dann ein, wenn er sich zukünftig in einer bestimmten Weise verhält. Wollte man den Vermögensübernahmegedanken als tragendes Moment der §§ 25, 28 HGB ansehen, so müßten sie einen sehr viel intensiveren Gläubigerschutz bieten, als dies tatsächlich der Fall ist.

Über diese Unstimmigkeiten hilft auch die Berufung auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers [128] nicht hinweg. Dahinter steht nichts anderes als das bereits mehrfach kritisierte Verfahren, den gewählten Ansatz der zu deutenden Norm anzupassen und dem Gesetzgeber die Abweichung als von ihm gewollt zu unterschieben. Die Frage, von wo an ein - u. U. auch vom Gesetzgeber - in Kauf genommener Substanzverlust die völlige Entleerung des Prinzips bis hin zur Preisgabe seiner Identität zugunsten einer willkürlichen Unterstellung zur Folge hat, wird dabei nicht erörtert. Beim vermögensübernahmetheoretischen Ansatz im Rahmen der §§ 25, 28 HGB ist diese kritische Grenze jedenfalls mit Sicherheit überschritten. Normen, die den Entzug der Haftungsgrundlage ermöglichen, ohne daß dies notwendig durch einen Schuldbeitritt neutralisiert würde, können nicht mehr als Ausfluß des Vermögensübernahmegedankens aufgefaßt werden.

Auch MORISSEs "Wert- oder Güterübernahmeprinzip" [129] kommt den §§ 25, 28 HGB nicht näher, da dieses Konzept nicht weit trägt. Nur die Haftung des Übernehmers vermögensloser Unter-

---

128) so ausdrücklich BGH v. 6. 7. 1966, LM Nr. 5 zu § 28 HGB; MORISSE verfährt ähnlich, wenn er trotz eingestandener Unstimmigkeiten (Belege bei FN 121, 122, 126) vom Güterübernahmeprinzip ausgeht.

129) S. 52 ff.

nehmen [130] wie auch die des Pächters und des Nießbrauchers [131] lassen sich aus seiner Position heraus befriedigend begründen. Die Ausschlußmöglichkeit bleibt ebenso unerklärlich wie die Tatsache, daß die Haftung nur eintritt, wenn von der übergegangenen Erwerbsmöglichkeit auch Gebrauch gemacht wird - bei § 25 HGB zudem nur im Fall der Firmenfortführung.

§ 4 - Versuch einer Neuorientierung

Die bislang untersuchten Ansätze vermochten wegen verschiedener Mängel allesamt nicht zu überzeugen. Dabei wurde die Frage nach der Eignung der §§ 25, 28 HGB für eine analoge Anwendung im Sinne des gestellten Themas überhaupt noch nicht in Angriff genommen.

Forscht man nach den Ursachen des Scheiterns, dann stößt man rasch auf eine überraschende Gemeinsamkeit: Bei allen Differenzen im Ausgangspunkt sind sich Erklärungs-, Rechtsschein- und Vermögensübernahmetheorie in der Feststellung einig, daß die §§ 25, 28 HGB nur als Ausfluß eines Schutzprinzips zu verstehen sind. Die Altschulden sollen auch dem Erwerber gegenüber geltend gemacht werden können, weil er in einer bestimmten Art und Weise in die Abwicklung der geschäftsbezogenen Verpflichtungen des früheren (Allein-)Inhabers eingegriffen hat. Ohne jede Reflexion wird der Schutz der Altgläubiger

---

130) Die Vermögenslosigkeit kann sich aus dem Geschäftszweck ergeben - so häufig bei Dienstleistungen, vgl. MORISSE S. 46 FN 3 - oder auf einer bestimmten, vom Veräußerer gewählten Konstruktion beruhen (Sicherungseigentum an den Betriebsmitteln, Leasing o.ä.). Vgl. bereits SCHAAR-SCHMIDT S. 15

131) Nach herrschender Meinung findet § 25 HGB in diesen Fällen Anwendung, vgl. WÜRDINGER § 25 Anm. 31; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 2 A.
a.A. SCHRICKER, ZGR 1972 121, 153 FN 128, der insoweit das Vermögensübernahmeprinzip konsequent durchführt. Ebenso schon L. COHN, GRUCHOT Bd. 42 (1898), 46, 52. Näheres s.u. FN 432.

in den Vordergrund der Überlegungen gestellt. Die letztlich entscheidende Frage, weshalb die Geschäftspartner die Fortführung des Handelsgeschäfts unter der alten Firma als Haftungsübernahmeerklärung oder als Anzeichen einer intern vereinbarten kumulativen Schuldübernahme ansehen, bzw. warum ihnen eine Zugriffsmöglichkeit auf das nunmehr in der Hand des Erwerbers befindliche Vermögen zugebilligt werden soll, wird an keiner Stelle gestellt, geschweige denn beantwortet. Der tragende Gedanke, der in den §§ 25, 28 HGB Gestalt gewonnen hat, bleibt damit hinter mehr dem Konstruktiven verhafteten Erwägungen verborgen.

Um zum dogmatischen Kern der §§ 25, 28 HGB vorzustoßen, muß man die Ebene juristisch-begrifflicher Argumentation aus dem Dreiecksverhältnis zwischen Veräußerer, Erwerber und Geschäftspartner heraus verlassen und sich eingehender den dahinter stehenden wirtschaftlichen Vorgängen und Gegebenheiten zuwenden. Am Anfang steht dabei die Erfassung des Gebildes, dessen Übergang das Bedürfnis nach einer Regelung der Forderungen[132] und Verbindlichkeiten überhaupt erst auslöst. Auf die von SCHRICKER geäußerte Ansicht, der Unternehmensbegriff spiele im Rahmen der §§ 25 ff. HGB keine Rolle, weil er sich "sozusagen 'impressionistisch' verflüchtigt" [133] habe, können wir uns nicht mehr zurückziehen.

In starker Vereinfachung läßt sich sagen, daß ein Unternehmen eine organisatorische Einheit darstellt, deren hauptsächliches Ziel die Befriedigung der Bedürfnisse Dritter nach bestimmten, von ihnen entgeltlich zu erwerbenden Sach- oder Dienstleistungen ist. [134] Zu seiner Erreichung bedarf es einer wertschöp-

---

132) Die Geschäftsforderungen werden im folgenden in die Untersuchung einbezogen. Die Konsequenzen für das Rechtsfolgensystem der §§ 25, 28 HGB werden später behandelt.

133) SCHRICKER ZGR 1972, 121, 134 oben

134) Zu einem juristischen Unternehmensbegriff vgl. RAISCH, Gesch. Vor., insbes. S. 179 - 237; ders., Unternehmensrecht Bd. 1, S. 78 ff. 85 ff.; Th. RAISER, passim, jew. m.w.N.
Unter dem Aspekt der Betriebswirtschaft vgl. WÖHE S. 2 ff. m.w.N.

fenden Tätigkeit, die ihrerseits zur Voraussetzung hat, daß wirtschaftlich werthafte Leistungen auf ihren jeweiligen Märkten nachgefragt und angeboten werden. Ein Unternehmen in einer arbeitsteiligen Wirtschaft ist daher von vornherein darauf angelegt, mit anderen Wirtschaftssubjekten in mehr oder weniger enge Beziehungen zu treten. Während seiner Lebensdauer werden mannigfaltige Austauschströme angeknüpft, die jeder für sich spezifische Zwecke verfolgen, in ihrer Gesamtheit aber ein den Unternehmenszielen dienendes organisches System darstellen. Anzahl und Güte der angebahnten sowie der in der geschaffenen Organisation angelegten, aber noch nicht realisierten Beziehungen zu Bezugsgelegenheiten, Absatzmärkten und Finanzierungsquellen geben dem Unternehmen sein besonders kennzeichnendes Gepräge. Zugleich resultiert daraus seine Bedeutung im gesamtwirtschaftlichen Güterverkehr und der Wert, den es für seinen Inhaber repräsentiert. [135)]

Ihren juristischen Niederschlag finden die Verbindungen des Unternehmens zu Dritten im Abschluß von auf die Herbeiführung eines konkreten wirtschaftlichen Erfolges gerichteten Verträgen und in der Vornahme sonstiger rechtlich bedeutsamer Handlungen bzw. Unterlassungen. Forderungen und Verbindlichkeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt innerhalb der Lebensdauer des Unternehmens stehen daher für noch nicht oder noch nicht vollständig abgewickelte Schuldverhältnisse [136)] aus der Geschäftssphäre. Sie spiegeln die Intensität seiner Teilnahme am Güteraustausch der Volkswirtschaft wider. Aus der unternehmerischen Organisation, in der sie begründet wurden, empfangen sie ihren spezifischen Sinn und Zweck, dem sie nur in ihrem Rahmen völlig gerecht werden können. Eine Trennung der Forderungen und Verbindlichkeiten vom Unternehmen entkleidet sie

---

135) Zu den Begriffen "Firmenwert", "Good will" und verwandten Bezeichnungen vgl. BAUMBACH-DUDEN Einl. zu Buch I Anm. 4 B, C sowie KOUMANTOS S. 3 - 40. - Zur Verankerung des Unternehmens in der Gesamtwirtschaft vgl. HEINEN, S. 72 ff. und KOSIOL S. 142 ff.

136) Diese können vertraglicher, quasivertraglicher, bereicherungsrechtlicher oder deliktischer Natur sein.

dieses sinngebenden Bezugs. In der Folge gehen sie ihres wirtschaftlichen Wertes teilweise verlustig. Es steht nicht nur die Erfüllbarkeit in Frage, wenn und soweit die Erbringung der jeweiligen Leistung ihrer Natur nach vom Vorhandensein der unternehmerischen Organisation abhängig ist. [137] Darüber hinaus droht die ihnen innewohnende Aussicht auf erneute Geschäftsabschlüsse in der Zukunft verloren zu gehen. [138] Die damit angesprochene enge Einbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten in das Unternehmen verstärkt sich noch durch die Tendenz zu betriebsmittelbezogener Sicherungsgewährung, die den Personalkredit zurücktreten läßt. [139]

Unter dem Aspekt des eben herausgearbeiteten sachlich-wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen dem zu veräußernden Geschäft und den darauf bezogenen Forderungen und Verbindlichkeiten müssen die §§ 25, 28 HGB gesehen werden. Darin liegt keineswegs eine dogmatische Neufundierung. Sowohl die Erklärungstheorie - in der ursprünglichen wie vor allem in der SÄCKERschen Variante - als auch die Rechtsscheintheorie lassen sich auf diesen Ausgangspunkt zurückführen. Er wird dort jedoch nur selten unmittelbar angesprochen und nur insoweit verwertet, als sich daraus Schlüsse auf bestimmte Gläubigererwartungen ziehen lassen. [140] Dementsprechende Auswirkungen auf die Vorstellungen der Geschäftswelt liegen in der Tat nahe. Die Einbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten in das Unternehmen beeinflußt aber nicht nur das Verhalten derer, die mit ihm in Beziehungen stehen, sondern auch die Dispositionen der Veräußerungsparteien selbst,wenn und soweit

---

137) Darauf weisen PISKO, Unternehmen, S. 181 f.; ders., Ehrenbergs Handbuch, S. 244 und SCHRICKER ZGR 1972, 121, 144 hin.

138) Dieser Umstand klingt an bei HECKELMANN, Fschr. BARTHOLOMECZIK, 129, 142; KREJCI ÖJZ 1975, 449, 451 f., 458; GERLACH S. 40

139) Zu Zusammenhang und Tendenz bei Kredit und Kreditsicherung vgl. DROBNIG, Gutachten zum 51. DJT, S. F 15 - F 28

140) ein besonders prägnantes Beispiel liefert die Argumentation von SÄCKER ZGR 1973, 261, 275 f.

sie am Erhalt der unternehmerischen Organisation interessiert sind. Auch dieser Umstand wurde erkannt. Um ihnen einen möglichst vollständigen Inhaberwechsel zu ermöglichen, verfiel man darauf, die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse in analoger Anwendung der Regeln über die Universalsukzession auf den Erwerber übergehen zu lassen [141] oder eine spezifische Zubehöreigenschaft zu postulieren. [142] In Österreich bot sich mit § 302 ABGB ein weiterer Anknüpfungspunkt an. [143]

KREJCIs Verdienst ist es, beide Momente vereinigt und in Verbindung mit § 25 HGB gebracht zu haben. [144] Da die Fortführung des Unternehmens im vollen Umfang nur möglich ist, wenn die Unternehmensbindung der Rechtsverhältnisse über die Veräußerung hinweg gerettet werden kann, steht der Erwerber einem Übergang im Regelfall gar nicht ablehnend gegenüber. Die Interessen der Beteiligten laufen nicht gegeneinander [145], sondern parallel in Richtung auf den sachlich gebotenen Erhalt des Zusammenhangs. Diese Erkenntnis der regelmäßigen

---

141) vgl. die angegebene Literatur bei KREJCI ÖJZ 1975, 449, 452 f. bei FN 32 sowie Schweizerisches Bundesgericht v. 14. 1. 1893 bei FICK, SCHW. JZ Bd. 20 (1923/24), 221, 222

142) sog. Lehre von der Unternehmenspertinenz, vgl. OPPIKOFER S. 118 ff.; PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 202 f.

143) vgl. KOZIOL JBl. 1967, 550, 555 f. und KREJCI ÖJZ 1975, 449, 452 jew. m.W.N.

144) in dem mehrfach angeführten Aufsatz in ÖJZ 1975 und in Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 212 ff.

145) So aber SCHRICKER ZGR 1972, 121, 147, der die Behauptung aufstellt, daß Veräußerer und Erwerber in erster Linie daran interessiert sind, eine Haftung des Erwerbers ausschließen zu können, weil dadurch das Unternehmen wertvoller werde. Vgl. demgegenüber zur Subjektsbezogenheit der Unternehmensbewertung WELF MÜLLER JuS 1973, 603, 604 f. sowie zu den verschiedenen Methoden der Ermittlung dens. JuS 1974, 147, 288, 424, 558. Eine reine Substanzbewertung, wie sie SCHRICKER aaO. vorzuschweben scheint, wird von niemandem vertreten. Bei einem Unternehmen, das fortgeführt werden soll - und nur hier greifen die §§ 25, 28 HGB ein - verbietet sie sich von selbst.

wirtschaftlichen Gegebenheiten der Geschäftsveräußerung erlaubt es KREJCI, dem § 25 HGB neben der allgemein anerkannten - bedingten - Begünstigung der Altgläubiger bzw. -schuldner eine Erleichterung der von Veräußerer und Erwerber intendierten Transaktion zu entnehmen. Ziel der Norm ist seiner Auffassung nach, einem "Verkehrsbedürfnis nach vereinfachter Unternehmensbindung von Geschäftsbeziehungen bei Unternehmensfortführung trotz Unternehmensveräußerung" entgegenzukommen und gleichzeitig einen "entsprechenden Schutz Dritter vor nicht mitgeteilten ..., den typischen Interessen bei Unternehmensveräußerungen widersprechenden und daher vom Dritten grundsätzlich nicht zu erwartenden Dispositionen" der Parteien des Übernahmevertrages zu gewähren. [146] Mehr als eine prägnant gefaßte Umschreibung der rechtlichen Wirkungen des § 25 HGB ist dem allerdings trotz des zutreffenden Ausgangspunktes nicht zu entnehmen. Insbesondere erhellt daraus nicht der Rechtsgrund der Vorschrift. Weder der Schutz des Rechtsverkehrs noch die Vereinfachung von Verkehrsgeschäften tragen letztendlich ihre Legitimation in sich. Sie sind lediglich Ausdruck einer vorgelagerten Begehrensposition. Stets bedarf es der Anführung eines weiteren Umstandes, der dem Gesetzgeber eine entsprechende Norm erst geboten erscheinen ließ.

Der eigentliche Zweck der §§ 25, 28 HGB liegt in der Gewährleistung der größtmöglichen Effizienz des Wirtschaftsverkehrs. Im Sinne der oben dargestellten engen wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit des Unternehmens und seiner Außenbeziehungen sollen zufallsbedingte, nicht reflektierte Abspaltungen der Forderungen bzw. Verbindlichkeiten unterbunden werden, um einen möglichst störungsfreien Ablauf der Wirtschaftsvorgänge sicherzustellen.

Daß hier Gefahren drohen, rührt aus der mangelnden rechtlichen Erfassung des Unternehmens im allgemeinen wie des Han-

---

146) ÖJZ 1975, 449, 458 r. Sp.

delsunternehmens [147] im besonderen her. Da es keine Rechtsfähigkeit genießt und auch nicht gesamthaft übertragbar ist, muß der Inhaber jeden Vermögensgegenstand, dessen Übergang vereinbart wurde, einzeln und unter Beachtung der jeweils vorgeschriebenen Form aus seiner Vermögenssphäre in die des Erwerbers - sei er selbst Person oder bloß Personenmehrheit - überführen. [148]

Die Veräußerungsparteien haben damit die Möglichkeit, den Umfang des Übernommenen in jeder Hinsicht nach ihrem Willen - und das bedeutet zumeist nach den Zukunftserwartungen und Zielen des Erwerbers - zu bestimmen. Wenn das Unternehmen das Ende seiner Lebensdauer erreicht hat, weil etwa seine Produkte am Markt chancenlos geworden sind, sind die Geschäftsbeziehungen, falls sie überhaupt noch existieren, für den Erwerber von untergeordneter Bedeutung. Er wird sich auf die Übernahme der Betriebsmittel oder anderer, für ihn nützlicher Einzelgegenstände beschränken und die Abwicklung schwebender Rechtsverhältnisse dem Veräußerer anheimstellen.

Handelt es sich dagegen um ein florierendes Geschäft mit guten Zukunftsaussichten, dann sind die bestehenden Forderungen und Verbindlichkeiten für den Erwerber als gegenwärtiger Ausschnitt aus der Gesamtheit der vom früheren (Allein-)Inhaber angeknüpften Austauschbeziehungen von hohem Wert. Sie geben ihm die Möglichkeit, ohne vorheriges werbendes Tätigwerden mit einem Teil der Marktpartner in unmittelbaren Kontakt zu treten und seine Leistungsfähigkeit unter Beweis zu stellen.

---

147) Zu den begrifflichen Zusammenhängen von Kaufmann, Handelsgewerbe und Handelsgeschäft vgl. J. V. GIERKE-SANDROCK S. 172 f. In den §§ 4 bis 12 der Untersuchung wird häufig aus sprachlichen Gründen der Begriff des Unternehmens verwendet. Damit ist, da wir uns noch im Bereich der unmittelbaren Anwendung der §§ 25 ff. HGB befinden, nichts anderes als das Handelsgeschäft der §§ 1 ff. HGB gemeint.

148) J. V. GIERKE-SANDROCK S. 187 f., 215;BAUMBACH-DUDEN Einführung zu Buch I Anm. 6 C

Das verbessert seine Chance, die Wirkungen der in der Vergangenheit erzielten unternehmerischen Erfolge über den Inhaberwechsel hinwegzuretten und ihnen neue, selbsttätig errungene hinzuzufügen. Ob die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse die Beschaffung von Produktionsmitteln, den Absatz eigener Erzeugnisse oder reine Finanzgeschäfte zum Gegenstand haben, ist dabei nicht von Belang.

Zwischen den beiden Extremen liegt eine weite Grauzone, in denen ein ansonsten durchaus lebensfähiges Unternehmen unter mangelhaften Außenbeziehungen - säumige oder zahlungsschwache Kundschaft, unerträglich hohe Schulden - leidet, so daß zu seiner Sanierung die Forderungen oder die Verbindlichkeiten oder beide zusammen beim Veräußerer zurückgelassen werden müssen, um den Unternehmensfortbestand nicht von Anbeginn an zu starken Belastungen auszusetzen.

Außenstehende wissen zumeist nicht, wo der jeweilige Erwerb auf der Bandbreite möglicher Fälle von der Übernahme einzelner Vermögensgegenstände über den Sanierungsversuch bis hin zur Übernahme mit Fortführungsabsicht anzusiedeln ist. Die Konsequenzen, die die Veräußerungsparteien daraus hinsichtlich des Fortbestandes der Geschäftsbeziehungen ziehen, können sie keinesfalls voraussehen. Die Dispositionsfreiheit der Veräußerungsparteien kollidiert hier mit den Interessen derjenigen, die zur Zeit des Inhaberwechsels noch offenstehende Forderungen und Verbindlichkeiten haben. Sie sehen sich aufgrund von Vorgängen, die ihrer Einflußsphäre entzogen sind [149], durch das Auftauchen des Erwerbers in einer Lage, in der ihnen die planmäßige Abwicklung gefährdet erscheinen muß. Wegen des mangelnden Gleichlaufs von juristischer Zuordnung und wirtschaftlicher Bezogenheit wissen sie nicht mehr, an wen sie sich zu halten haben. Vollends undurchschaubar wird die Situation, wenn die Veräußerungsparteien bei der Übertragung einzelne Forderungen bzw. Verbindlichkeiten übersehen, obwohl

---

149) bei Großgläubigern, insbesondere Banken, wird die Sachlage oft anders sein.

das Unternehmen fortbestehen soll und ihrer dringend bedarf, sowie bei völliger oder teilweiser Unwirksamkeit des dinglichen Erwerbs. Dem Veräußerer stehen dann weiterhin Leistungen zu, mit denen er nunmehr wegen der Geschäftsbezogenheit überhaupt nichts mehr anfangen kann, und die ihm auch nicht mehr zukommen sollen, oder er muß Schulden erfüllen, die nur aus der ihm nicht mehr zu Gebote stehenden unternehmerischen Organisation heraus erbracht werden können. Der Erwerber geht insoweit der Verbesserung seiner Startposition, die er sich mit der Übernahme eines bestehenden Unternehmens erkauft zu haben glaubte, verlustig.

Eine mit derartigen Unwägbarkeiten behaftete Rechtslage kann nicht ohne Einfluß auf das Verhalten der ihr unterworfenen Wirtschaftssubjekte bleiben. Sie muß auf die Handelbarkeit von Unternehmen als Transaktionshindernis wirken und die Bereitschaft zur Kreditierung von Leistungen im Rechtsverkehr der Unternehmen untereinander empfindlich einschränken. [150] Die operationale Effizienz der Wirtschaftsvorgänge in ihrer Gesamtheit wird beeinträchtigt. Indem Gewährung und Empfang von Krediten jeder Art wie auch die Übertragung unternehmerischer Einheiten über die normalen wirtschaftlichen Risiken hinaus mit Unsicherheiten in der rechtlichen Zuordnung der Außenbeziehungen belastet werden, erleiden die Wertschöpfungsprozesse, deren Ablauf die Rechtsordnung mit gutem Grund nur durch die Schaffung von Rahmenbedingungen steuert und ansonsten zur Disposition der wirtschaftenden Subjekte stellt, eine erhebliche Störung.

Vor diesem Hintergrund kommt den §§ 25, 28 HGB die Aufgabe zu, Reibungsverluste im Gefolge von Unternehmensveräußerungen zu vermeiden. Faktoren, die den Mechanismus der gegenseitigen Austauschbeziehungen in der arbeitsteiligen Wirtschaft negativ beeinflussen, sollen ausgeschaltet werden.

---

150) Zur Bedeutung der physischen und sozialen Umweltdaten für das Entscheidungsfeld des Unternehmens sei hier nur auf HEINEN, S. 73, 78 ff. verwiesen.

Dem werden beide Normen in jeder Hinsicht gerecht. Um den Übergang hinsichtlich der Beziehungen zu Dritten in rechtlich geordneten Bahnen ablaufen zu lassen, werden verschiedene Gestaltungsformen zur Verfügung gestellt, die zwingend bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehen, bei deren Auswahl aber völlige Freiheit herrscht.

Daß dabei das Schicksal der Forderungen und Verbindlichkeiten in die Hand der Veräußerungsparteien gelegt wird, ist nur zu berechtigt. Sie allein vermögen den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles entsprechend zu handeln. Die Zusammengehörigkeit von Außenbeziehungen und Unternehmen darf nicht soweit gehen, daß die Übernahme bestehender Produktionseinheiten blockiert wird. Andernfalls würde sich das Gesetz selbst im Wege stehen. Solange der Erwerber die Möglichkeit sieht, mit der unternehmerisch gebundenen Vermögensmasse oder wesentlichen Teilen davon erfolgreich am Wirtschaftsgeschehen teilzunehmen, muß ihm dies ermöglicht werden, wenn nicht sinnloser Verschwendung von Ressourcen das Wort geredet werden soll.

Auch die Anknüpfung der Rechtsfolgen aus den §§ 25, 28 HGB an den Fortbestand des Handelsgeschäfts ist erklärbar. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist geradezu ein Beleg dafür, daß er der oben herausgearbeiteten Einbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten in das Unternehmen Rechnung tragen wollte. Denn nur wenn dieses im alten, vom bisherigen Inhaber geschaffenen Rahmen weitergeführt werden soll, ist der Erhalt der Unternehmensbindung sinnvoll. Im anderen Fall, etwa bei Änderung des Geschäftsgegenstandes durch den Erwerber, verlieren die Forderungen und Verbindlichkeiten ihren unternehmensbezogenen Wert in seiner Hand ebenso wie beim Veräußerer. Ein Übergang ist daher sachlich nicht geboten.

Aus dem gleichen Grunde ist auch der Schutz der Gläubiger und der Schuldner des Handelsgeschäfts den §§ 25, 28 HGB zwar nicht fremd, aber doch lediglich eingeschränkt gewährleistet. Nur soweit das Unternehmen fortbesteht, ist eine Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen überhaupt wirtschaftlich sinnvoll. Und

auch dann können Beeinträchtigungen des Güterverkehrs zwischen den Einzelwirtschaften nur auftreten, wenn ein interner Übernahmeausschluß nicht ausreichend publiziert wird. Die strikte Bindung der Forderungen und Verbindlichkeiten an das übertragene Unternehmen - an sich auch ein gangbarer Weg zur Vermeidung der aufgezeigten Gefahren für den Geschäftsverkehr - würde zu einer unberechtigten Bevorzugung führen. Grundsätzlich hat jede Partei die Gefahr einer Störung bestehender Leistungsbeziehungen bis hin zu bewußt vertragswidrigem Verhalten des Partners selbst zu tragen. Das ist die notwendige Kehrseite der von der Rechtsordnung gewährten Freiheit zu privatautonomer Gestaltung. Das Überspielen der Personenbezogenheit des Schuldverhältnisses ist nur aufgrund eines höherwertigen Interesses zulässig. [151] Genau daran aber fehlt es, wenn die §§ 25 I, III, 28 I HGB nicht eingreifen oder eine Vereinbarung nach §§ 25 II, 28 II HGB getroffen und publiziert wurde. [152] Die §§ 25, 28 HGB dienen eben nicht dem Individualschutz, sondern haben eine Art Funktionenschutz zum Ziel. Allein im Falle des Gleichlaufs der Drittinteressen mit dem Allgemeininteresse an optimaler Effizienz der Gesamtheit der Wirtschaftsvorgänge haben sie eine Begünstigung der Altgläubiger bzw. -schuldner zur Folge. Diese ist dann nicht Ziel der Regelung, sondern lediglich Reflex.

Die Unterschiede zwischen dieser Auffassung der §§ 25, 28 HGB und der Rechtsscheintheorie liegen auf der Hand: Die Rechtsscheintheorie erkennt zwar die Zusammengehörigkeit des Unternehmens und der darin begründeten Rechtsverhältnisse, löst die daraus im Verein mit der mangelnden rechtlichen Erfassung des Unternehmens resultierenden Probleme aber nur zur Hälfte - nämlich ausschließlich und einseitig zugunsten der Dritten.

Deren Interessen ist damit Genüge getan. Die Stabilisierung der etablierten Austauschbeziehungen über den Inhaberwechsel

---

151) vgl. WILBURG, Fschr. LARENZ, 661 ff.

152) Das wird im Text noch näher begründet werden.

hinweg wird dadurch aber nicht vollständig erreicht. Sie werden eben nur scheinbar, lediglich zugunsten der Geschäftspartner auf den Erwerber übertragen. Ob und inwieweit er Leistungen erbringen oder entgegennehmen kann bzw. Gestaltungsrechte ausüben darf, ist vom Erkenntnishorizont der Geschäftswelt abhängig und damit letzten Endes für die Zeit bis zur Vertrauensdisposition des Dritten völlig offen - an den Maßstäben ökonomischer Rationalität gemessen kein sinnvolles Ergebnis.

An dieser Stelle muß auf die Gefahr kritikloser Übernahme wirtschafts-wissenschaftlicher Denkmodelle in die Rechtswissenschaft hingewiesen werden. Es kann keineswegs darum gehen, dem HGB in den §§ 25, 28 volkswirtschaftliche Notwendigkeiten zu unterschieben, um so eine den Wirtschaftsrealitäten besser angepaßte Rechtsordnung zu erhalten. [153] Soweit reicht die Legitimation des Rechtsanwenders nicht. Auch berechtigte Anliegen bedürfen der Verankerung in einer Entscheidung des Gesetzgebers.

In unserem Fall bestehen solche Bedenken methodischer Art allerdings nicht. Eine ganze Reihe von Anhaltspunkten gestattet die Annahme, daß die Vorstellung vom Unternehmen als in den gesamtwirtschaftlichen Geld- und Güterkreislauf integriertes Wirtschaftssubjekt auch die des Gesetzes ist. Nur von diesem Standpunkt aus läßt sich nämlich, worauf oben bereits hingewiesen wurde, die Anknüpfung an den Fortbestand des Handelsgeschäfts sinnvoll deuten. Auch das Konstruktionsschema der §§ 25, 28 HGB - Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten als Regel im jeweiligen Absatz 1; ihr Ausschluß als Ausnahme davon im Absatz 2 - spricht dafür, die oben herausgearbeitete Einbindung der Außenbeziehungen nicht als von außen herangetragene wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnis, sondern als in der Tendenz des Gesetzes liegend zu sehen. Schließlich zeigt die Regelung des Forderungsübergangs in den §§ 25 I 2

---

153) vgl. die vorsichtig wertenden Ausführungen bei RAISCH/K. SCHMIDT, S. 143 ff., insbes. S. 158 ff. m.w.N. sowie HORN, AcP 176 (1976), 307 ff.

28 I 2 HGB deutlich, daß es dem Gesetzgeber nicht primär um den Schutz der Geschäftspartner ging. Hierfür hätte die Normierung einer Gesamtberechtigung sehr viel näher gelegen. Sein Ziel war es vielmehr, klare, an den ökonomischen Realitäten orientierte Verhältnisse zu schaffen, indem er die Außenbeziehungen des Unternehmens ihrem wirtschaftlichen Bezugspunkt folgen ließ, sofern dieser fortbestehen soll und keine gegenteilige Verlautbarung erfolgt. Die §§ 25, 28 HGB lassen sich damit kurz als eine an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgerichtete Entscheidung über den Verbleib der geschäftsbezogenen Rechtsverhältnisse charakterisieren.

Auch dieser Gedanke ist nicht neu. Hinter der Ansicht des BGH, der Rechtsscheingedanke gewinne bei § 25 HGB "eine weitergehende Bedeutung" insofern als er Rechte auch für den begründet, "der sich auf diesen Rechtsschein verläßt, ohne durch sein Vertrauen zu bestimmten Entschließungen veranlaßt zu werden" [154], dürften ähnliche Erwägungen stehen. Die Behauptung SÄCKERs, der Gesetzgeber habe bei § 25 HGB "der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung das 'freirechtliche' Räsonieren darüber abgeschnitten, ob die Firmenfortführung einen empirisch hinreichend gesicherten Schluß auf den Willen des Erwerbers zulasse" [155], tendiert in die gleiche Richtung. Zum Kern der Regelung dringt er damit freilich ebensowenig vor wie die Rechtsprechung des BGH. In beiden Fällen dürfte die Ursache darin zu sehen sein, daß man sich zu sehr mit der Lage der Gläubiger beschäftigte und dabei versäumt hat, den geregelten Sachverhalt in seiner vollen Ausdehnung zu erfassen. Schließlich bleiben auch GERLACH und HECKELMANN zu sehr begrifflich-konstruktivem Denken verhaftet, wenn sie von einem "typisierten Vertrauens-Haftungsschutz auf der Grundlage regelmäßi-

---

154) BGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 234, 239

155) ZGR 1973, 261, 278 bei FN 74

ger entsprechender Schuldübernahmevereinbarung der Parteien zugunsten der Gläubiger" ausgehen [156], ohne sich eingehender um die sachliche Ableitung des postulierten Regelfalles zu bemühen. [157] Zur entscheidenden Frage, warum sich eine ihrem Ansatz entsprechende Typisierung herausgebildet hat und weshalb der Gesetzgeber trotzdem eine "Klarstellung für das Publikum" [158] für nötig hielt, dringen beide Autoren nicht vor. [159] Die treffendste Einordnung der §§ 25, 28 HGB finden wir bei TH. RAISER. Sie sind für ihn die gesetzgeberische Konsequenz aus der "mit dem wirtschaftlichen Aufschwung" der 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts "einhergehenden Mobilisierung der Unternehmen". [160]

§ 5 - Historische Absicherung

Tatsächlich lassen sich die §§ 25 ff. HGB nur vor dem Hintergrund der vorangegangenen ökonomischen Entwicklung Deutschlands und der daran anknüpfenden äußerst lebhaften Diskussion um die juristische Erfassung der Wirtschaftsvorgänge wie der Wirtschaftssubjekte begreifen.

Das Auftauchen bis dahin unbekannter Betätigungsfelder des Gewerbefleißes [161] machte die Grenzen der überkommenen Rechts-

---

156) GERLACH S. 46 (dort auch das Zitat)
HECKELMANN, Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, 129, 143

157) HECKELMANN aaO. S. 142 f. deutet die oben geschilderten Zusammenhänge immerhin an, ohne sie jedoch vollständig zu verwerten.

158) GERLACH S. 63

159) dagegen kommt K. LEHMANN, Fschr. COHN, 393, 397, dem Kern der §§ 25 ff. HGB bereits sehr nahe, wenn er andeutet, ihre Aufgabe sei die Erhaltung des Unternehmens um des Allgemeininteresses willen.

160) S. 2

161) Zur Wirtschaftsgeschichte der Industriellen Revolution vgl. BORCHARDT, S. 521 ff. m.w.N.

ordnung sehr rasch deutlich. In dem Maße, in dem die Selbstfinanzierung als Finanzierungsquelle zurücktrat, mußten reine Finanzgeschäfte an Bedeutung gewinnen und neben die bestehenden, auf Warenaustausch gerichteten Beziehungen treten. Aber nicht nur das wirtschaftliche Gesamtgefüge machte einen tiefgreifenden Wandel durch; auch das Aussehen dessen, was zu Anfang des Jahrhunderts noch berechtigtermaßen als "Handlung" bezeichnet werden konnte [162], veränderte sich zunehmend. Im Zuge der Industrialisierung begannen die Anlagevermögen stärker zu wachsen als die Umlaufvermögen. Mit dieser Entwicklung zu größerem Kapitaleinsatz und damit auch zu größerer Kapitalbindung verstärkte sich das Bedürfnis nach einer Perpetuierung des Geschäftes als Inbegriff von Sachen und Rechten, was die Frage nach der Möglichkeit gesamthafter Übertragung von wirtschaftlichen Einheiten aufwarf. Die Antwort liegt naturgemäß in der rechtlichen Konstruktion eben dieser Einheiten. Dementsprechend können wir durch das ganze 19. Jahrhundert hindurch eine enge Wechselwirkung zwischen der jeweiligen Auffassung vom Wesen des Handelsgeschäftes und dem Schicksal der Forderungen und Verbindlichkeiten im Falle seiner Veräußerung feststellen. Dieser Zusammenhang, auf den GEIGER in seiner der rechtlichen Erfassung des Handelsgeschäfts im vorigen Jahrhundert gewidmeten Untersuchung mehrfach hingewiesen hat [163], wurde bislang für die Auslegung der §§ 25 ff. HGB noch nicht fruchtbar gemacht. [164]

---

162) Die Entwicklung der Begriffsbezeichnung im 19. Jahrhundert schildert GEIGER S. 8 - 25

163) S. 21 FN 97; 25 FN 5; 36 FN 40; 82 ff. mit einer gedrängten Darstellung der Entwicklung.

164) Die Untersuchung von GEIGER steht unter einem anderen Aspekt und streift die hier anstehende Problematik lediglich. Gleiches gilt für die Ausführungen bei K. SCHMIDT S. 91 ff. und TH. RAISER S. 69 ff.
HEINEMANN, passim, trägt nicht zur Auslegung der §§ 25 HGB bei, sondern gibt nur eine Beschreibung des historischen Ablaufs. Vgl. die ablehnende Besprechung von NUSSBAUM ZHR Bd. 75 (1914), 444.
Mehr oder minder eingehende Hinweise auf die Gesetzesgeschichte finden sich auch bei IHDE S. 18 ff., GERLACH S. 5 f.; KOUMANTOS S. 85 ff.; MORISSE S. 2 ff.; SCHLÜTER S. 1 ff.; PISKO, Ehrenberg's Handbuch, S. 241; HECKELMANN, Fschr., BARTHOLOMEYCZIK, 129, 137 ff.; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 126 f.; SÄCKER ZGR 1973, 261, 263 f.

Aufgabe der folgenden historischen Erörterung wird es sein, dem nachzugehen und den Boden für Schlußfolgerungen auf das Verständnis der DENKSCHRIFT wie auch der §§ 25 ff. HGB selbst zu bereiten. Dabei muß an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß es keineswegs darum gehen kann, die eben aufgestellte These von der gesamtwirtschaftlichen Funktion der §§ 25 ff. HGB unmittelbar aus der Geschichte des Gesetzes abzuleiten. Ein solches Ergebnis ist angesichts der Komplexität der involvierten Probleme schlechterdings nicht zu erwarten. Immerhin kann der Prozeß der juristischen Bewältigung des Unternehmens ja auch heute noch nicht als abgeschlossen gelten, wie die Untersuchungen TH. RAISERs zeigen. Es soll lediglich deutlich gemacht werden, daß der gewählte Ausgangspunkt - die funktionelle, aber rechtlich nicht gesicherte und deswegen im Veräußerungsfall gefährdete Zusammengehörigkeit von Unternehmen und Außenbeziehungen - der Gesetzesgeschichte und den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht fremd ist.

I. Der Beginn der Diskussion

a) Bereits die ersten Autoren, die sich mit den durch Veränderungen im Inhaberbestand des Handelsgeschäftes aufgeworfenen Problemen beschäftigten, glaubten sie im Sinne einer Anbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten lösen zu müssen. Konstruktiv wurden Haftung und Berechtigung des Erwerbers dadurch erreicht, daß man das unter einer Firma geführte Handelsgeschäft als das Subjekt der in ihm begründeten Rechtsverhältnisse ansah. Der neue (Mit-)Inhaber sukzediert - vergleichbar dem Erben - in das Handlungsvermögen und erwirbt auf diese Weise die ausstehenden Forderungen ebenso, wie ihn die Altverbindlichkeiten treffen. [165]

---

165) TABOR, Elvers' Themis Bd. 1 (1827), 67, 69; HASSENPFLUG Elvers' Themis Bd. 1 (1827), 59, 65 f.
beide werden kommentiert von RAISER S. 71 f. und GEIGER S. 25 ff.

TABOR, der diesen Ansatz im Jahre 1826 unter Beschränkung auf die Konstellation des heutigen § 130 HGB entwickelte [166], meint, ihn aus den tatsächlichen Gegebenheiten ableiten zu können. Indem die Gesellschafter nur unter dem gemeinsamen Individualisierungszeichen auftreten, verzichten sie insoweit auf ihre Individualität. Sie arbeiten nicht für sich, sondern für die Firma; diese führt Bücher und Siegel und tritt im Prozeß auf. Ihr müssen daher auch die geschäftsbezogenen Rechtsverhältnisse zustehen. [167]

Ganz ähnlich argumentiert HASSENPFLUG in einem wenig später erschienenen Aufsatz. [168] Im Gegensatz zu TABOR will er allerdings den Grundsatz von der Rechtssubjektivität der Firma nicht nur auf Gesellschaften, sondern auch auf das Geschäft des Einzelkaufmanns angewendet wissen. Vererblichkeit und lebzeitige Übertragbarkeit der Firma [169] sowie die kaufmännische Gepflogenheit, den Übergang zu publizieren und dabei die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen zu erbitten, lassen seiner Ansicht nach eine Differenzierung nicht zu.

Sowohl TABOR als auch HASSENPFLUG glauben, sich im Einklang mit den kaufmännischen Übungen und Rechtsansichten zu befinden. Der Handelsverkehr werde bereits von der Erwartung geprägt, der jeweilige Firmeninhaber sei berechtigt und verpflichtet, ohne daß die Rechtsordnung dem bisher Rechnung ge-

---

166) Seine Schrift "Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handlungsfirma entspringen, besonders hinsichtlich der schon vor dem Eintritt auf derselben gelastet habenden Schulden", Frankfurt a.M., 1826, 28 S. ist nicht mehr verfügbar; die Zitate beziehen sich auf die von ELVERS in seiner Themis aaO. gegebene Zusammenfassung.

167) aaO. S. 68 f.

168) in Elvers' Themis Bd. 1 (1827), S. 59 - 67

169) Diese entsprach zwar der allgemeinen Übung, war aber nicht überall anerkannt, vgl. HEISE S. 53 f. ("arger Mißbrauch") und ANONYMUS, Elvers' Themis Bd. 1 (1828), 498, 515

tragen habe. [170] Das Vertrauen der Geschäftspartner, die der Firma Kredit gewähren und ihr gegenüber Verbindlichkeiten erfüllen, dürfe aber - so TABOR [171] - nicht mißbraucht werden. HASSENPFLUG charakterisiert die Lage dahingehend, daß ohne die Anerkennung der Subjektivität des Handelsgeschäfts "der Betrügerei Thür und Thor geöffnet seyn würde". [172]

Beide Autoren erkennen einen Zwiespalt zwischen den Auffassungen des Wirtschaftsverkehrs und der tradierten Rechtsordnung,die auf der Personenbezogenheit auch der geschäftlichen Rechtsverhältnisse beharrt. Ihr Ziel ist es, die daraus resultierende Unsicherheit zu beseitigen. Von diesem rein verkehrsbezogenen Ansatz aus ist erklärlich, daß eine Stellungnahme zur Rechtsobjektivität des Geschäftes vollständig fehlt. [173]

In der Konstruktion des als richtig Erkannten gehen beide unterschiedliche Wege. TABOR will mit der Statuierung des Handelsgeschäftes als universitas [174] auskommen. [175] Auf die nach römischem Recht erforderliche Genehmigung des Staates zur Errichtung einer juristischen Person glaubt er verzichten zu können, weil sie den gewandelten Verhältnissen nicht mehr entspreche. HASSENPFLUG verwirft demgegenüber die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung und operiert mit "aus der Natur der Sache abstrahierten Deutschrechtlichen Grundsätzen". [176]

---

170) Bezeichnend für die Entwicklung des Lösungsansatzes aus der Praxis heraus ist TABOR, wenn er ausführt, daß "ein in der ganzen Welt allenthalben für ausgemacht angenommener Satz in die juristische Praxis noch nicht so förmlich eingeführt sey, als es seine fast ununterbrochene Anwendung im täglichen Leben,und sein inniger, wesentlicher Zusammenhang mit der allgemeinen kaufmännischen Verfahrensweise möchten voraussetzen lassen." aaO. S. 68 Ähnlich HASSENPFLUG aaO. S. 63 f.

171) aaO. S. 70

172) aaO. S. 66

173) vgl. GEIGER S. 36

174) dazu ausführlich und m.w.N. GEIGER S. 65 FN 145

175) aaO. S. 69 f.

176) aaO. S. 58 f.

Fortgesetzt wird diese im Ergebnis unfruchtbare Kontroverse von HÖPFNER [177], der einen Widerspruch zwischen dem Handelsgeschäft als rechtsfähiger Einheit und dem Figurenschatz des römischen Rechts völlig leugnet.

Weitere Befürwortet hat die Lehre von der Rechtssubjektivität zunächst nicht gefunden. [178] Sie bleibt zwar in der Diskussion, wird aber nur mehr ablehnend besprochen. [179] Zu groß

---

177) in: Allgemeine Juristische Zeitung, 1830, S. 335 ff. HÖPFNER erblickt die Genehmigung zur Ausbildung einer universitas iuris in der staatlichen Anerkennung und Regelung der Firmenführung.
Als Neuerung gegenüber TABOR und HASSENPFLUG nimmt er eine befreiende Schuldübernahme durch den Erwerber an.

178) Abgesehen von zwei vereinzelten Entscheidungen des OGH WIEN und des Kreisgerichtes BOCHUM (Fundstellen bei FN 212, 249) tauchen entsprechende Gedanken erst wieder in der Diskussion des 15. DJT auf. Vgl. die Beiträge von MAKOWER, PANN und KÜCHENDAHL(bei FN 368 ff.).

179) Gegenstimmen aus der Rechtsprehung:

Oberappelationsgericht LÜBECK v. 1841, ZHR Bd. 6 (1863), 588 FN + ;Obertribunal STUTTGART v. 7. 1. 1853, Seuff. Arch. Bd. 6 (1853), 242;Obertribunal BERLIN v. 12. 1. 1854, Striethorsts Arch. Bd. 11 (1854), S. 219 ff., 221
Handelsappellationsgericht MÜNCHEN v. 8. 4. 1861, Buschs Arch. Bd. 1 (1863), S. 225
Hofgericht DARMSTADT v. 1861, Buschs Arch. Bd. 8 (1866), S. 174
Appellationsgericht HAMM v. 22. 8. 1866, Buschs Arch. Bd. 23 (1871), 224 ff.
ROHG v. 21. 2. 1871, ROHGE 2, 46, 50 f.
ROHG v. 28. 3. 1871, ROHGE 2, 151, 155

aus der Literatur:
ANONYMUS, Elvers' Themis Bd. 1 (1828), 498 ff.
GUTACHTEN bei GANS , Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung, 1830, 36, 50, 55; THÖL, Handelsrecht, 1. Aufl. S. 130 und alle Folgeauflagen; TREITSCHKE, Gewerbegesellschaft, S. 165 FN 5; DELBRÜCK S. 94; BRINCKMANN S. 166; GOLDSCHMIDT Krit. VJSchr. Bd. 4 (1857), 105, 176 ("kühnste aller Fiktionen"); BUSCH, Buschs Arch. Bd. 1 (1863), 25, 27; HOFFMANN, Gruchot Bd. 11 (1867), 266; VON KRÄWEL, Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 69; ders., Buschs Arch. Bd. 15 (1869), 249, 251; REGELSBERGER ZHR Bd. 14 (1870), 1, 12 f.; BEHREND, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 4 (1870), 429, 431; SIMON ZHR Bd. 24 (1879), 91, 138 ff.; ADLER, K., Arch. für bgl. R. Bd. 3 (1890), 1, 26

war die Kluft, die diesen Ansatz bei folgerichtiger Durchführung von der Rechtswirklichkeit trennen mußte. Die implizierten dogmatischen Weiterungen wie eine auf das Geschäftsvermögen beschränkte Haftung oder die vollständige Enthaftung des Veräußerers waren unannehmbar [180] und wurden auch nicht vertreten. [181]

b) Daß schließlich auch das Bedürfnis nach Sicherung des funktionellen Zusammenhangs zwischen Unternehmen und Geschäftsbeziehungen nicht überall im Sinne von TABOR und HASSENPFLUG verstanden wurde, zeigt die lebhafte Kritik, die ihr Ansatz von seiten eines ANONYMEN Autors, der sich als "Praktiker einer der größern Deutschen Handelsstädte" bezeichnet, erfuhr. [182]

Während TABOR, HASSENPFLUG und HÖPFNER das Handelsgeschäft als Komplex von Sachen und Rechten aus der Sphäre des Kaufmanns herausnehmen und zu einer Einheit verselbständigen wollten, offenbart sich bei ANONYMUS ein völlig anderes Verständnis des Handelsgeschäfts. [183] Er stellt die Tätigkeit des Handeltreibenden, des Geschäftsinhabers in den Vordergrund. Das Geschäft ist für ihn lediglich der sinnhafte Ausdruck zweckgerichteten kaufmännischen Wirkens. Bei der rechtlichen Erfassung der Veräußerung führt diese Auffassung zu einer gänzlich anderen Beurteilung. Aktiva und Passiva machen nicht mehr den Kern des Geschäftes aus; Gegenstand der Übertragung ist primär die bislang vom Veräußerer innegehabte Gelegenheit zu geschäftlichem Tätigwerden. [184] Der Übergang des von ihm geschaffenen Organismus versteht sich nicht von selbst, sondern wird von

180) vgl. ANONYMUS aaO. S. 511; GUTACHTEN aaO. S. 56; SIMON aaO. S. 139

181) eine Ausnahme macht hier nur HÖPFNER, s.o. bei FN 177

182) ANONYMUS, Elvers' Themis Bd. 1, Heft 3 (1828), 498 ff.

183) Unter Handlung wird "nicht so sehr das Corpus ..., das gesamte Capital und der Fonds, womit eine Handlung betrieben wird, sondern vielmehr eben der Handlungs- und Geschäftsbetrieb selbst" verstanden (aaO. S. 522 f.).

184) aaO. S. 522 f.

einer diesbezüglichen einverständlichen Regelung der Parteien abhängig gemacht. Eine gesetzliche Anbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten an das Geschäft ist von diesem Ansatz aus verfehlt. Da der Erwerber ohne weiteres nur in den Tätigkeitsbereich sukzediert, bleiben Rechte und Verbindlichkeiten dem, der sie begründet hat. [185] Die Tatsache der Firmenfortführung allein ändert daran nichts, da der Verkehr nach den Beobachtungen des ANONYMUS die Firma lediglich als verkürzende Bezeichnung des oder der Inhaber auffaßt, ohne diese hinter das Geschäft zurücktreten zu lassen. [186]

c) In der Tendenz gleichlaufend, aber mit zwei bedeutungsvollen Erweiterungen versehen ist ein GUTACHTEN, das von einer "der angesehensten Corporationen des Landes" erstattet wurde.[187] Der Ausgangspunkt ist der gleiche wie bei ANONYMUS. Auch wenn die Firma des früheren (Allein-)Inhabers fortgeführt wird, muß nicht notwendig eine Vermögenssukzession vorliegen. Erwerb bzw. Beitritt beeinflussen bestehende Rechtsverhältnisse nicht. [188]

Abweichendes gilt einmal, wenn die Übertragung der Firma nicht oder nicht rechtzeitig bekanntgemacht wird. In diesem Fall haftet der Veräußerer auch aus nach dem Übergang abgeschlossenen Geschäften, ohne jedoch aus ihnen berechtigt zu werden. [189]

Sodann ist es den Parteien unbenommen, anderweitige Regelungen vertraglich zu vereinbaren. Neben die Aktstypen des allge-

---

185) aaO. S. 518 f. 521

186) aaO. S. 515 f.

187) abgedruckt bei GANS in den Beiträgen zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, 1830, S. 36 ff.

188) aaO. S. 54 f.

189) aaO. S. 57f.; Diese Ansicht entspricht § 15 I HGB.

meinen Schuldrechts soll dabei nach Ansicht des GUTACHTENs eine handelsrechtliche Besonderheit treten, indem einer an die Geschäftswelt gerichteten Erklärung des Erwerbers allgemein berechtigende und verpflichtende Wirkung beigemessen wird. [190] Hier wird zum ersten Mal versucht, die kaufmännische Gepflogenheit, Veränderungen in den Inhaberverhältnissen vermittels Börsenanschlag, Inserat oder Rundschreiben den Geschäftspartnern zur Kenntnis zu bringen, auf ihren rechtlichen Gehalt hin auszuloten. Bei HASSENPFLUG und ANONYMUS war sie nur als Faktum aufgefaßt worden, das argumentativ zur Abstützung des jeweiligen Ergebnisses herangezogen werden konnte. [191] Das GUTACHTEN entnimmt der Bekanntmachung, falls sie die Übernahme der Passiven erwähnt, die Erklärung einer kumulativen Schuldübernahme, deren Wirkungen auch dem gegenüber eintreten, der von ihrer Abgabe keine Kenntnis hat. Bei Publizierung einer Aktivenübernahme soll der Erwerber ermächtigt sein, bestehende Außenstände einzuziehen. Begründet wird das damit, daß das Erfordernis einer speziellen Zession jeder einzelnen Forderung "höchst lästige Weiterungen" nach sich ziehe. [192]

Damit wird - und das macht das GUTACHTEN im vorliegenden Zusammenhang so bedeutsam - erstmals ein Bedürfnis nach vereinfachten Übertragungsmodalitäten erkannt und ein entsprechender Gesetzesvorschlag zur Diskussion gestellt.

Von diesem Punkt abgesehen stand das GUTACHTEN voll auf dem Boden der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin. THÖL [193] lehnt bis zum Erlaß des ADHGB einen Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten mit dem Handelsgeschäft unter scharfer

---

190) aaO. S. 58 f.

191) HASSENPFLUG, Elvers' Themis Bd. 1 (1827), 59, 60 f.
ANONYMUS, Elvers' Themis Bd. 1 (1828), 498, 516 f.

192) aaO.S. 59

193) in der 3. Aufl. seines Lehrbuches (1854) Bd. 1, S. 171 anders in der 4. Aufl. (1862) S. 116 unter Berufung auf Art. 23 ADHGB

Zurückweisung der Ansicht von TABOR, HASSENPFLUG und HÖPFNER ab. Ebenso verhalten sich MITTERMAIER [194], PÖHLS [195] und TREITSCHKE [196]. Lediglich BRINCKMANN [197] macht eine Ausnahme. Beim Eintritt in eine bestehende Gesellschaft bejaht er die Haftung des Eintretenden, wenn er diese nicht durch Rundschreiben o.ä. ausgeschlossen hat. Mehr als das Bewußtsein des Handelsstandes vermag er dafür jedoch nicht anzuführen.

d) DELBRÜCK bringt einen grundlegend neuen Aspekt in die Debatte. [198] Im Innenverhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer ist allein die vertragliche Regelung maßgeblich. Fehlt eine Vereinbarung über das Schicksal der Forderungen und Verbindlichkeiten, dann gelten sie nicht als stillschweigend übernommen, da das Geschäft des Einzelkaufmanns weder einheitliches Rechtsobjekt noch Rechtssubjekt ist. [199]

Den Altbläubigern gegenüber sind der Erwerber wie auch der in eine bestehende Gesellschaft Eintretende jedoch der direkten Klage auf Erfüllung der bestehenden Verbindlichkeiten ausgesetzt. Sie entgehen dem nur, wenn sie sich in einer gehörig bekanntgemachten Erklärung gegen die Altschuldenhaftung verwahrt haben. DELBRÜCK erreicht dieses Ergebnis, indem er die Firmenfortführung zum Anhaltspunkt für die Fiktion einer Schuldübernahme nimmt. Zum Nachweis ihrer Berechtigung weist er nur kurz auf die "besonderen Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs" hin. [200] Im übrigen glaubt auch er sich im Einklang mit einem entsprechenden Handelsbrauch.

---

194) Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 7. Aufl., S. 795

195) Deutsches und Hamburgisches Handelsrecht, Bd. 1 S. 216 f.

196) 1. Aufl. S. 91 f.; 2. Aufl. S. 165 ff.

197) S. 166

198) S.39 f., 93 ff.

199) aaO. S. 39 f.

200) aaO. S. 96 f.

Jenseits aller Zweifel an der Tauglichkeit dieser Konstruktion gilt es festzuhalten, daß bei DELBRÜCK der von TABOR und HASSENPFLUG aufgebrachte Gedanke des Verkehrsschutzes eine neue Dimension gewinnt. Er verzichtet auf die Verankerung der Erwerberhaftung in der Definition des Handelsgeschäftes und stellt allein unter Berufung auf die Belange der Geschäftswelt die privatautonome Regelung der Veräußerungsparteien den Altgläubigern gegenüber hintan.

II. Die Haltung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung aus der Zeit bis zum ADHGB bietet ein getreues Spiegelbild der Literaturmeinungen.

Das Oberappellationsgericht KASSEL vertritt in einer Entscheidung vom 12. 4. 1824 [201], auf die sich HASSENPFLUG maßgeblich stützt, die Ansicht, das Handelsgeschäft sei Subjekt aller unter seiner Firma abgeschlossenen Rechtsverhältnisse.

Demgegenüber lehnt es das Oberappellationsgericht LÜBECK im Jahre 1841 [202] ab, das Handelsgeschäft als universitas juris zu behandeln. Der Erwerber hafte nicht kraft Universalsukzession, sondern nur bei Bekanntmachung von Inhaberwechsel und Schuldübernahme. Ein Urteil vom 29. 1. 1846 [203] bringt eine Verdeutlichung dieser Rechtsprechung. Das Oberappellationsgericht führt aus, daß der Übernahmevertrag allein keinesfalls eine Inanspruchnahme des Erwerbers zur Folge hat. Dazu bedarf es einer öffentlichen Bekanntmachung, in der die Schuldübernahme "gegen das Publikum und also auch gegen die sämtlichen Handlungsgläubiger bestimmt und ausdrücklich erklärt"

---

201) Elvers' Themis Bd. 1 Heft 1 (1827), S. 66 f.

202) mitgeteilt in ZHR Bd. 6 (1863), 588 FN +

203) Seuff. Arch. Bd. 11 (1857) Nr. 83, auszugsweise unter falscher Jahresangabe in ZHR Bd. 6 (1863), 588 FN +

wird. In einer Entscheidung vom 15. 6. des gleichen Jahres mildert das Gericht diese strengen Anforderungen, indem es die bloße Tatsache der Bekanntmachung des Inhaberwechsels ohne Erwähnung einer Passivenübernahme als haftungsbegründenden Tatbestand ausreichen läßt. [204] Diese Rechtsprechung wird bis zum Inkrafttreten des ADHGB fortgeführt. [205]

Das Obertribunal STUTTGART setzt sich in einem Erkenntnis vom 7. 1. 1853 detailliert mit der Ansicht HASSENPFLUGs auseinander und verwirft sie, weil die Firma nur der Name des Kaufmanns und das Geschäft keine juristische Person sei. [206] Der Erwerb des Geschäftes begründet nur dann den Eintritt in die bestehenden Forderungen und Verbindlichkeiten, wenn zur Firmenfortführung eine entsprechende Anzeige an die Öffentlichkeit tritt. Ein Urteil vom 6. 7. 1853 [207] führt Näheres zur Konstruktion dieser Haftung kraft Bekanntmachung aus. Im zu entscheidenden Fall war die ursprünglich eine Schuldübernahme enthaltende Verlautbarung des Erwerbers nach der Übertragung geändert und neu publiziert worden. Das Obertribunal sieht in der Bekanntmachung das Angebot an die Altgläubiger zum Abschluß eines auf privative Schuldübernahme gerichteten Vertrages. Erst mit dessen Annahme durch den jeweiligen Gläubiger wird die Delegation perfekt. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht keinerlei Bindung für eine der beiden Seiten. Da aber im bloßen Schweigen auf ein zugegangenes Zirkular keine Annahme liege, habe der Erwerber das Zirkular noch zurückziehen und sich so der Haftung entziehen können.

Nur scheinbar ähnlich argumentiert die HANDELSKAMMER FRANKFURT/M. in einem am 29. 11. 1858 erstatteten Gutachten [208],

---

204) Seuff. Arch. Bd. 2 (1849) Nr. 178

205) Urteil v. 28. 3. 1859, ZHR Bd. 6 (1863), 587 f.
Urteil v. 28. 6. 1859, ZHR Bd. 6 (1863), 588 ff.

206) Seuff. Arch. Bd. 6 (1853) Nr. 242

207) Seuff. Arch. Bd. 7 (1854) Nr. 21

208) veröffentlicht in ZHR Bd. 4 (1861), 138 ff.

bei dem es um die Forthaftung des Veräußerers ging. Sie sieht weder in der Entgegennahme des Zirkulars noch in einer an den Erwerber gerichteten Mahnung oder in der Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen mit diesem eine Befreiung von der Altverbindlichkeit. Das Obertribunal STUTTGART hätte hier bei konsequenter Durchführung der Grundsätze über den Abschluß von Verträgen zum gegenteiligen Ergebnis kommen müssen. Die Unterschiede resultieren daraus, daß die HANDELSKAMMER den Übernahmevertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter konstruiert, zu dem bei Vorliegen entsprechender Tatumstände eine privative Schuldübernahme des Erwerbers hinzutreten kann. Voraussetzung dafür ist eine ausdrückliche diesbezügliche Erklärung des Erwerbers.

Aus beiden Zitaten läßt sich entnehmen, wie sehr man auch da, wo man typisch handelsrechtliche Gepflogenheiten vor sich hatte, bemüht war, die Rechtsfolgen der Geschäftsveräußerung mit den Aktstypen des allgemeinen Schuldrechts zu bewältigen. Das GUTACHTEN [209] bei GANS und die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts LÜBECK waren dem weit voraus.

Das Obertribunal BERLIN spricht sich in einem Urteil vom 12. 1. 1854 gegen die automatische Anbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten an das Handelsgeschäft aus, da es fraglich sei, ob mit Handlung und Firma überhaupt das ganze Handelsvermögen veräußert werde, das Handelsgeschäft aber jedenfalls keine universitas juris darstelle. [210]

Auch das Handelsappellationsgericht MÜNCHEN weist die Auffassung von TABOR, HASSENPFLUG und HÖPFNER in einem Erkenntnis vom 8. 4. 1861 zurück. [211]

Lediglich der Oberste Gerichtshof zu WIEN schloß sich am

---

209) s.o. bei FN 187 ff.

210) Striethorsts Arch. Bd. 11 (1854), 219 ff.

211) Buschs Arch. Bd. 1 (1863), 225

20. 11. 1860 der von diesen Autoren und dem Oberappellationsgericht KASSEL vertretenen Ansicht an. [212] Da die Forderungen und Verbindlichkeiten der Firma, nicht ihrem Inhaber zustehen, umfaßt die Veräußerung des Handelsgeschäfts den gesamten Vermögenskomplex. Wie sich das auf die - auch vom Obersten Gerichtshof zu WIEN bejahte - Forthaftung des Veräußerers reimt, bleibt offen.

III. Die Beratungen zum ADHGB

Bei dieser Ausgangslage kann es nicht verwundern, daß wir bei den Beratungen der Nürnberger Konferenz zwei in Opposition stehende Anträge finden. [213]

Der eine will den Erwerber haften lassen, wenn der die alte Firma übernimmt und fortführt. Damit wird bezüglich des Anknüpfungspunktes auf TABOR, HASSENPFLUG und HÖPFNER [214] zurückgegriffen. Im einzelnen bestehen jedoch erhebliche Unterschiede: Die Rechtsfolge soll eine gesamtschuldnerische Mithaftung des Übernehmers sein - eine Konsequenz, deren Begründung den Anhängern der Lehre von der Subjektivität des Handelsgeschäfts nicht leicht fällt. Außerdem wird versucht, den Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten kraft Firmenfortführung durch eine Regelung über die Rechtslage bei Firmenwechsel zu ergänzen. Diese Kombination möglicher Erwerbsfälle, die uns in § 25 HGB wiederbegegnet, stellt in der Diskussion eine völlige Neuheit dar. Die Voraussetzungen dieses zweiten Tatbestandes sind an der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts LÜBECK [215] orientiert und beinhalten eine völlige Lösung vom Innenverhältnis zwischen Veräußerer und

212) ZHR Bd. 6 (1863), 590

213) Protokolle S. 1439 f.

214) s.o. bei FN 165 ff., 177

215) s.o. bei FN 202 - 205

Erwerber, wie sie von DELBRÜCK vorgezeichnet worden war. [216]

Der zweite Antrag hielt sich demgegenüber in der Tradition von ANONYMUS und dem bei GANS veröffentlichten GUTACHTEN. [217] Er verlangt eine Übernahme mit Aktiven und Passiven sowie deren öffentliche Bekanntmachung, wobei sich auch dann noch der Umfang der Haftung nach dem Veräußerungsvertrag richten soll.

Der weitergehende erste Antrag stützt sich auf die Annahme einer in Firmenfortführung wie Bekanntmachung liegenden Erklärung im obligatorischen Sinne, die auf die Vereinbarung eines constitutum debiti alieni gerichtet ist und keiner Annahme mehr bedarf. [218] Außerdem beruft man sich auf die Grundgedanken der Art. 113 und 23 ADHGB. [219] Beide Normen waren bereits zuvor angenommen worden. [220]

Bei der Diskussion des ersten Antrags wird gegen diese Ableitung lebhaft Einspruch erhoben. [221] Art. 23 ADHGB verlange keineswegs eine vollständige Übertragung der Aktiven und Passiven des Geschäfts, sondern sei lediglich eine rechtspolizeiliche Vorschrift. Art. 113 ADHGB beruhe auf den Besonderheiten der Handelsgesellschaften, bei denen eine Auseinandersetzung vor Beitritt eines neuen Gesellschafters zu Schwierigkeiten im Geschäftsverlauf führen müßte. Im übrigen wird Antrag 1 vorgeworfen, die rechtstatsächliche Ausgangslage falsch zu würdigen. Der Erwerber, der die bisher für das Geschäft geführte Firma beibehalte, wolle sich damit nicht stets den Altgläubigern gegenüber verpflichten. Ganz im Sinne von

---

216) s.o. bei FN 198 - 200

217) s.o. bei FN 182, 187

218) aaO. S. 1431

219) Art. 23 ADHGB entspricht § 23 HGB, Art. 113 ADHGB dem § 130 HGB.

220) aaO. S. 41, 279 ff.

221) aaO. S. 1432 - 1435

ANONYMUS wird behauptet, er strebe damit ausschließlich den Erhalt der Kundschaft an. Die Angriffe gipfeln schließlich in der Feststellung, Antrag 1 sei nichts anderes als eine gesetzliche Fiktion [222], die nicht von den Überzeugungen des Handelsverkehrs getragen werde und daher abzulehnen sei.

Seine Verfechter begegnen dem mit dem bereits von TABOR, HASSENPFLUG und DELBRÜCK [223] [224] geäußerten Hinweis auf die Sicherheit des Geschäftsverkehrs, die durch die Anknüpfung an den objektiven Gegebenheiten widerstreitende interne Regelungen erheblichen Schaden erleiden würde.

Bei diesem Gegeneinander der Meinungen bleibt die Debatte stehen. Es werden noch eine Reihe von Einzelfällen - Vererbung eines Geschäfts, Erwerb durch Minderjährige - besprochen, als deren Konsequenz festgestellt wird, daß "die Übernahme von Handelsgeschäften in den verschiedensten Abwechselungen vorkomme und ... eine große Menge einschränkender und modifizierender Bestimmungen erforderlich machen würde". [225] Nach erneuter Abstimmung wird von der Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das ADHGB Abstand genommen. [226]

Der Weg zu einer generalisierenden Regelung bei Wahrung der Möglichkeit zu flexibler Ausgestaltung entsprechend den Besonderheiten des jeweiligen Erwerbsfalles wurde nicht einmal gesehen. Ein Versuch, beide Anträge auf die in ihnen enthaltenen Gemeinsamkeiten zurückzuführen [227], blieb im ersten Anlauf stecken. Das Wesen des Handelsgeschäfts und seine volkswirtschaftliche Rolle waren noch nicht hinreichend durchdrungen. Über die vordergründige Erfassung und Gewichtung der Be-

---

222) aaO. S. 1434

223) s.o. bei FN 165 ff., 177

224) s.o. bei FN 198 - 200

225) aaO. S. 1432

226) bei einem Stimmenverhältnis von 13 : 4

227) Ganz ähnlich wird später BEHREND, s.u. bei FN 293, argumentieren.

lange der Geschäftswelt bzw. der Interessen der Veräußerungsparteien kam man nicht hinaus. Die gegenseitige Bedingheit beider wurde noch nicht gesehen. Im Jahre 1890, also an der Schwelle zum nächsten Kodifikationsversuch, konnte K. ADLER das Dilemma der Nürnberger Konferenz so zusammenfassen: "Sie hatte nicht einen Willen zu interpretieren, sondern eine Interpretation zu wollen." [228]

IV. Lösungsansätze auf der Basis des ADHGB

Die offensichtliche Ergebnislosigkeit der Beratungen wirkte sich auf den Fortgang der Diskussion äußerst belebend aus. In rascher Folge wurde nunmehr - teils unter Zugrundelegung des ADHGB, teils unter Verzicht darauf - eine Fülle neuer Ansätze entwickelt. Parallel dazu nahm die Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen sprunghaft zu - beredtes Zeichen der praktischen Bedeutung des Problems.

a) Eine radikale Abkehr von früher vertretenen Auffassungen finden wir bei THÖL. [229] Unter Hinweis auf Art. 23 ADHGB erklärt er die gemeinrechtliche Doktrin für überwunden und bekennt sich zu der Ansicht, die Forderungen und Verbindlichkeiten gingen mit der Firma auf den Erwerber über. Ausgehend von

---

228) Arch. für bgl. Recht, Bd. 3 (1890), 1, 29
Ähnlich von KRÄWEL, Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 74: "Man machte damals mit Recht auf die große Verschiedenheit der Fälle aufmerksam, ... Statt sich hierdurch aber, wie es der Fall gewesen, von der gesetzlichen Haftung ganz abschrecken zu lassen, hätte die Kommission auf die einzelnen möglichen Fälle näher eingehen, sie unter allgemeine Gesichtspunkte bringen, und so durch bestimmte Vorschriften die vorhandenen Zweifel in sachgemäßer Weise beseitigen sollen."

229) Handelsrecht, 4. Aufl. (1862) S. 116; 6. Aufl. (1879) S. 175; Praxis des Handels- und Wechselrechts Heft 1 (1874), S. 4 ff. ebenso: ANONYMUS ZHR Bd. 26 (1881), 1 ff.

der Bemerkung eines der Teilnehmer der Nürnberger Konferenz, der zufolge allein der Übergang aller Aktiven und Passiven mit der Firma gestattet sei, sieht THÖL den Zweck der Norm im Schutz des Geschäftsverkehrs und will folgerichtig ihre Reichweite aus diesem Ziel heraus bestimmen. Da dem Publikum unter der Firma entgegengetreten wird und die wahren Inhaber nicht immer bekannt sein müssen, werden sich Gläubiger und Schuldner auch bei einem Wechsel weiterhin an der Firma orientieren. Deshalb ist dem Art. 23 ADHGB nicht nur zu entnehmen, daß die Firma nicht ohne Aktiva und Passiva fortgeführt werden darf, sondern auch, daß diese ihr bei Fortführung der alten Firma von selbst folgen. Unter "Handelsgeschäft" iSd Art. 23 ADHGB sind dann die Forderungen und Verbindlichkeiten zu verstehen; der Erwerber übernimmt Außenstände und Schulden mit der Firma. In diesem Sinne ist der Übergang des Geschäfts Folge, nicht Voraussetzung des Rechts zur Firmenfortführung.

Durchzusetzen vermochte sich diese etwas gekünstelt wirkende Auslegung des Gesetzes freilich nicht. [230]

b) Eine andere Argumentation finden wir bei F.B. BUSCH. [231]

Danach soll für den Übergang der Aktiva bzw. Passiva grundsätzlich der Übernahmevertrag entscheidend sein. Nur wenn und soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, werden Forderungen und Verbindlichkeiten von der Übertragung erfaßt und stehen dann auch im Außenverhältnis dem Erwerber zu, wobei allerdings der Veräußerer nicht ohne Nachweis einer Novation enthaftet wird. Die Ansicht, das Geschäft bzw. die Firma seien universitas juris oder Rechtssubjekt, wird zwar zurückgewiesen. [232] In der Konsequenz kommt BUSCH aber zum gleichen Ergebnis wie TABOR und HASSENPFLUG [233], da das Geschäft ein

---

230) gegen THÖL u.a. RG v. 1. 3. 1897, RGZ 38, 173, 174 und SIMON ZHR Bd. 24 (1879), 91, 151 ff.

231) Buschs Arch. Bd. 1 (1863), 25 ff.

232) aaO. S. 26 f.

233) s.o. bei FN 165 ff.

"für sich abgeschlossenes Ganzes" darstellt, zu dem "nicht nur die Waarenvorräthe und Utensilien, sondern auch die Forderungen und Schulden, vorausgesetzt natürlich, daß die beiden letzteren aus dem Handelsgeschäft entsprungen ... sind" [234], gehören. Den Gedanken der Bestandteilseigenschaft glaubt BUSCH aus der Natur der Sache folgern zu können, zumal für den Beitritt zu einer bestehenden Handelsgesellschaft in Art. 113 ADHGB [235] eine entsprechende Regelung bereits getroffen worden ist. Die ablehnenden Bemerkungen in den Protokollen der Beratungen des ADHGB enthalten seiner in diesem Punkt wenig überzeugenden Ansicht nach kein Analogieverbot. [236] Unklar bleibt auch, warum bei Art. 113 ADHGB auf die Firmenfortführung verzichtet wird, während dieser Umstand beim Erwerb eines einzelkaufmännischen Geschäfts zur Differenzierung zwischen Geschäftsübernahme mit der Folge des Erwerbs der Geschäftsbeziehungen und dem Erwerb eines bloßen Warenlagers gemacht wird.

c) Die von BUSCH erstmals angesprochene Personifizierung [237] eigener Art, die das Geschäft als organisches Ganzes auffaßt, findet sich noch stärker bei ENDEMANN. [238] Das Handelsgeschäft erschöpft sich danach nicht in einem Inbegriff von Vermögensstücken. Zu dieser gleichsam statischen Dimension

234) aaO. S. 27

235) Aus dieser Vorschrift sollte noch häufig argumentiert werden. Dazu näher sogleich. Vielfach wurde nicht nur eine Regelung des Teilerwerbs, sondern auch des Vollerwerbs aus Art. 113 ADHGB gefolgert.

236) aaO. S. 27 f.

237) GEIGER S. 56 f. reiht BUSCH ebenso wie ENDEMANN, MOMMSEN, VON VÖLDERNDORFF und das Obertribunal BERLIN unter die Vertreter der "persona quasi mystica" ein. Der Ausdruck geht auf den Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg zurück (dazu GEIGER S. 54 ff.; RAISCH, Abgrenzung, S. 71 ff.). Für unseren Zusammenhang ist diese Zuordnung wenig ergiebig, da die aus der Auffassung des Handelsgeschäfts jeweils gezogenen Konsequenzen unterschiedlich sind.

238) 2. Aufl. (1868), S. 76 ff.; 4. Aufl. (1887), 54 ff.

tritt eine dynamische hinzu, die ihre Ursache im Auftreten des Geschäfts als Glied des Wirtschaftsverkehrs findet. [239] Indem es seinem Inhaber als Einkommensquelle dient, fördert es den Güterumsatz der Volkswirtschaft und gewinnt einen eigenen, selbständigen Charakter, der es von der Person des Kaufmanns abhebt. Folgerichtig muß es mit der Fähigkeit, "als solches berechtigt und verpflichtet zu werden, ausgerüstet scheinen". [240] Damit ist allerdings nicht gesagt, daß ENDEMANN dem Geschäft Rechtssubjektivität zumessen will. Er bleibt beim Begriff des "Verkehrssubjekts" stehen und verzichtet auf den Versuch, diese bislang unbekannte Figur in die überkommene juristische Dogmatik einzubauen. [241] Als Rechtsobjekt dagegen erkennt er das Handelsgeschäft an, so daß es als Gesamtheit veräußert werden kann. [242] Ob die Aktiven und Passiven von der Übertragung erfaßt werden, will ENDEMANN wie BUSCH dem Veräußerungsvertrag entnehmen. Im Gegensatz zu diesem spricht er aber der Firmenfortführung jegliche indizielle Bedeutung ab. Im Außenverhältnis haftet der Erwerber den Altgläubigern nur, wenn er den Übergang des Geschäfts mit den Passiven bekanntgemacht hat. Das Zurücktreten des Inhabers hinter das verselbständigte Verkehrswesen findet damit für den Fall des Personenwechsels seine Grenzen. Im Ergebnis liegt ENDEMANN in diesem Punkt auf der Linie der gemeinrechtlichen Tradition.

Diese bestimmte auch noch nach Inkrafttreten des ADHGB die ersten Stellungnahmen der Rechtsprechung. So lehnt das Hofgericht DARMSTADT [243] die von THÖL befürwortete Auslegung des Art. 23 ADHGB unter Hinweis auf den ausdrücklichen Regelungsverzicht der Kommission ab. Das Tribunal KÖNIGSBERG verneint in einer

---

239) GEIGER S. 13 bezeichnet ENDEMANNs Ansicht richtig als auf einen tätigen Vermögenskomplex ausgerichtet und setzt sie in diesem Punkt von BUSCH und seinen Nachfolgern ab.

240) 4. Aufl. (1887), S. 58

241) aaO.

242) aaO. S. 60 ff.

243) Buschs Arch. Bd. 8 (1866), 174

Entscheidung vom 26. 5. 1866 [244] die Möglichkeit einer analogen Anwendung des Art. 113 ADHGB auf den Eintritt in ein einzelkaufmännisches Geschäft.

d) Dagegen geben das Obertribunal BERLIN und das Handelsappellationsgericht NÜRNBERG in zwei Urteilen vom 18. 7. 1865 bzw. 16. 2. 1866 [245] [246] der Klage eines Altgläubigers statt, obwohl auch sie auf die Analogie zu Art. 113 ADHGB verzichten zu müssen glauben.

Das Handelsappellationsgericht NÜRNBERG knüpft dabei an die Judikatur des Oberappellationsgerichts LÜBECK an und legt eine Bekanntmachung, die allein die Tatsache des Eintritts neuer Gesellschafter und der Fortführung des früher einzelkaufmännischen Geschäfts auf eigene Rechnung enthielt, als Schuldbeitrittserklärung aus. Diese Entscheidung stößt auf lebhafte Kritik bei VON KRÄWEL, der das Fehlen einer ausdrücklich bekanntgemachten Passivenübernahme rügt. [247]

Das Obertribunal BERLIN kann sich im zu entscheidenden Fall nicht auf eine Verlautbarung des Erwerbers zurückziehen und verurteilt die Gesellschaft - der eingetretene Gesellschafter war nicht verklagt -, weil die Waren, deren Bezahlung in Frage steht, unstreitig an das Geschäft geliefert wurden und diesem zugute gekommen sind. VON KRÄWEL weist demgegenüber darauf hin, daß der Kaufpreisanspruch nicht dinglich an den geleisteten Gegenständen hafte und es wegen des Fehlens jeglicher Bekanntmachung an einer Verbindlichkeit der Gesellschaft fehle. [248]

---

244) Central-Organ NF. Bd. 3, S. 178 ff.

245) Obertribunal BERLIN v. 18. 7. 1865, Buschs Arch. Bd. 7 (1866), 193

246) Handelsappellationsgericht NÜRNBERG v. 16. 2. 1866, Seuff. Arch. Bd. 21 (1870), Nr. 142

247) Buschs Arch. Bd. 11 (1867), 75, 78 f.

248) aaO. S. 79 f.

Das nächste Urteil des Obertribunals BERLIN bringt Klarheit über das mit dieser eigenartig anmutenden Konstruktion Gewollte. In dem der Entscheidung vom 1. 11. 1866 [249], die auf die weitere Rechtsentwicklung bestimmenden Einfluß haben sollte [250], zugrundeliegenden Fall ist die Verbindlichkeit aus einem vom früheren Inhaber akzeptierten Wechsel nach dem Übergang des Geschäfts gegen die Firma eingeklagt. Der Erwerber verteidigt sich damit, er führe zwar die Firma fort, habe aber nur einen Teil der Passiven, zu dem die Klageforderung nicht gehöre, übernommen.

Das Kreisgericht BOCHUM hat unter Hinweis auf die Rechtssubjektivität der Firma verurteilt. Der Übernahmeausschluß sei allenfalls für die persönliche Haftung des Erwerbers von Bedeutung.

Das Appellationsgericht HAMM [251] als Vorinstanz hat diese Entscheidung aufgehoben, da die Firma nur Handelsname, nicht juristische Person sei und ihr Übergang bestehende Schuldverhältnisse unberührt lasse. Auch aus dem Übergang des Geschäfts selbst ergebe sich keine Verpflichtung des Erwerbers, weil es nur universitas facti, nicht universitas juris sei.

Das Obertribunal BERLIN sieht sich unter der Herrschaft des ADHGB nicht in der Lage, dieser früher auch von ihm geteilten Auffassung [252] zuzustimmen. Die Firma sei nach Art. 15 ADHGB

249) Amtliche Sammlung Bd. 57, S. 349 ff. = Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Bd. 1 (1867), 392 ff. = Seuff. Arch. Bd. 21 (1870) Nr. 143 = Gruchot Bd. 11 (1867), 258 ff.
Die folgenden Zitate beziehen sich auf die Fundstelle bei Gruchot.

250) Sie wurde allgemein als bahnbrechend empfunden. Vgl. HINSCHIUS, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 1 (1867), 722; HOFFMANN, Gruchot Bd. 11 (1867), 266 ("offenbar sehr wichtige Entscheidung") und VON KRÄWEL, Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 67 ff.

251) Urteil v. 22. 8. 1866, abgedruckt in Buschs Arch. Bd. 23 (1871), 224 ff. und Gruchot Bd. 14 (1870), 851

252) Urteil v. 12. 1. 1854, s.o. bei FN 210

der Name, unter dem der Kaufmann geschäftlich tätig wird. Dadurch werde sie von dessen Person abgelöst und müsse als Sachname, als Name des Geschäfts selbst aufgefaßt werden.[253] Dem unter einer Firma geführten Handelsgeschäft komme daher, obwohl es nicht rechtsfähig sei, eine Art Persönlichkeit[254] zu. Sodann schließt sich das Obertribunal der von BUSCH entwickelten Konzeption des Handelsgeschäftes in beinahe wörtlicher Übereinstimmung an und folgert daraus, daß es "als die Regel betrachtet und deshalb vermutet werden muß, daß das Geschäft als einheitliches Ganze mit allem, was dazu gehört, übertragen"[255] wird. Daß dies auch der Standpunkt des Gesetzes sei, ergebe sich zwar nicht aus Art. 23 ADHGB, wohl aber aus Art. 113 ADHGB, denn wenn schon der zu einer Handelsgesellschaft Beitretende, der nur einen Teil des Geschäfts erwirbt, für Altverbindlichkeiten hafte, müsse das erst recht für denjenigen gelten, der ein Handelsgeschäft zur Gänze übernimmt.[256] Der die Firma fortführende Erwerber haftet nach der Ansicht des Obertribunals BERLIN in analoger Anwendung des Art. 113 ADHGB ohne jede Rücksicht auf den Übernahmevertrag für die bestehenden Schulden, als ob er sie selbst konrahiert hätte.[257]

HOFFMANN[258] macht gegen diese Entscheidung schwere Bedenken geltend. Er hält sie für unvereinbar mit dem Gesetz und den methodologischen Voraussetzungen des Analogieschlusses.

Dabei bestreitet er eine Tendenz zur tatsächlichen Verselbständigung der Firma gegenüber dem Kaufmann überhaupt nicht. Die Interpretation des Art. 15 ADHGB durch das Obertribunal

253) Gruchot Bd. 11 (1867), 158, 261

254) aaO. S. 262

255) aaO. S. 263

256) aaO.; die entsprechende Passage stimmt mit den Ausführungen von BUSCH wörtlich überein.

257) aaO. S. 264

258) Gruchot Bd. 11 (1867), 266 ff.

geht ihm aber viel zu weit, da die Vorschrift weder die Firma noch das Geschäft zur juristischen Person erhebt. Er will dem Geschäft des Einzelkaufmanns nicht einmal die Eigenschaft einer universitas facti zu messen, weil die Vermögenssonderung nicht ausreichend sei. [259] Die Vermutung eines regelmäßigen Übergangs der Aktiva und Passiva auf den Erwerber ist für ihn völlig unannehmbar, zumal auch die Praxis noch nicht zu einer einheitlichen Auffassung gelangt sei. [260] Art. 113 ADHGB soll nicht analog anwendbar sein, weil die Vorschrift eine Einschränkung der Privatautonomie beinhaltet und als Ausnahmegesetz einer Ausdehnung im Wege der Analogie nicht fähig ist. [261]

Auf andere Weise als das Obertribunal BERLIN versucht das Handelsappellationsgericht NÜRNBERG [262] die Spannung zwischen den Überzeugungen der Geschäftswelt und dem Normsystem des ADHGB zu überwinden. Es folgt der von KUNTZE entwickelten und von VON VÖLDERNDORFF ausgebauten Theorie von der kaufmännischen Persönlichkeit. [263] Danach vereinigt der Inhaber eines Handelsgeschäftes zwei strikt voneinander zu scheidende Persönlichkeiten in sich, die des Privatmannes und die eines Kaufmanns. [264] Die letztere tritt völlig selbständig auf und hat - da Handelsgeschäfte vererblich sind - eine vom Leben ihres Trägers unabhängige Existenz. Ihre gesetzliche Verankerung findet sich in Art. 15 ADHGB, der das Recht zur Firmen-

---

259) aaO. S. 266

260) aaO. S. 268

261) aaO. S. 270

262) Urteil v. 25. 2. 1867, Seuff. Arch. Bd. 22 (1870) Nr. 62

263) KUNTZE, ZHR Bd. 6 (1863), 177 ff.
V. VÖLDERNDORFF in ANSCHÜTZ-V. VÖLDERNDORFF S. 134 ff.
Gegen ihre Auffassung vor allem V. KRÄWEL Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 57 f.; ders., Buschs Arch. Bd. 15 (1869), 249 ff.; REGELSBERGER ZHR Bd. 14 (1870), 1, 13 ff.; SIMON ZHR Bd. 24 (1879), 91, 142 ff.

264) V. VÖLDERNDORFF aaO., S. 135: "... nirgends sind der Mench und die Person so strenge zu unterscheiden als im Kaufmannsstande ..."

führung nur insoweit gibt, als ein Geschäftsinhaber handelt. Bei Namensidentität gilt nichts anderes, da diese wegen Art. 22 ADHGB jederzeit wegfallen kann. Die enge Verbindung der Firma mit dem Geschäft wird auch aus Art. 23 ADHGB herausgelesen. Ein Verzicht auf ihre Fortführung durch den Erwerber ist jedoch möglich. Daraus schließt VON VÖLDERNDORFF, daß die Firma keine Pertinenz des Geschäfts, sondern Ausdruck einer besonderen Persönlichkeit des Kaufmanns ist. [265] Die Übernahme eines Handelsgeschäfts unter Beibehaltung der vom Veräußerer geführten Firma bedeutet dann den Eintritt in die kaufmännische Persönlichkeit des früheren Inhabers und zieht den Übergang des Inbegriffs von Sachen, Obligationen, Beziehungen und Verhältnissen [266] nach sich. Im Innen- wie im Außenverhältnis erwirbt der Übernehmer die bestehenden Forderungen und Verbindlichkeiten. Eine Enthaftung des Veräußerers wird abgelehnt, weil die Lage der Gläubiger ohne ihre Zustimmung nicht zu ihren Ungunsten verändert werden darf. [267]

e) VON KRÄWEL [268] lehnte diese Konstruktion ebenso wie die des Obertribunals BERLIN ab, weil sie rechtlich nicht hinreichend fundiert und in ihren praktischen Auswirkungen unhaltbar sei.

Der Begriff "Handelsgeschäft" in Art. 23 ADHGB fürfe nicht mit dem des Handelsvermögens verwechselt werden. [269] Nach der Ansicht VON KRÄWELs soll diese Vorschrift nur die Veräußerung der Firma als solcher, losgelöst vom Geschäft verhindern, nicht aber den Erwerb der Aktiva und Passiva fingieren. Im Anschluß an ANONYMUS und das GUTACHTEN bei GANS [270] sieht er die Tätigkeit des Kaufmanns als das wesensbestimmende Element

---

265) aaO. S. 191, 192
266) aaO. S. 192 f.
267) aaO. S. 194, 195
268) Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48 ff.; Bd. 15 (1869), 249 ff.
269) Buschs Arch. Bd. 15 (1869), 249, 253
270) s.o. bei FN 182, 187

des Handelsgeschäfts an. Art. 23 ADHGB gestattet die Beibehaltung der alten Firma schon dann, wenn der Erwerber die gleiche Gelegenheit zum Abschluß von Handelsgeschäften iSd Art. 271 ADHGB erhält, wie sie der Veräußerer inne hatte. Der Übergang der Aktiva und Passiva ist nicht begrifflich notwendig und steht daher im Belieben der Parteien. [271]

Ohne diese Flexibilität würde man nach der Auffassung VON KRÄWELs "dem Verkehr ohne Grund Zwang anthun" [272], weil ein automatischer Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten wie der übrigen Vermögensgegenstände nicht immer den Interessen der Veräußerungsparteien entspricht. Zudem geht der Schutz, den die Gegenmeinung den Altgläubigern gewähren will, viel zu weit. Normalerweise können sich die Gläubiger nur dann an den Erwerber eines Vermögenswertes aus der Haftungsmasse des Schuldners halten, wenn die Voraussetzungen der actio Pauliana vorliegen. Eine Privilegierung der Geschäftsgläubiger hält VON KRÄWEL für nicht gerechtfertigt. [273]

Diese Abkehr von der Betrachtung des Geschäftserwerbs unter dem Aspekt des Drittschutzes, wie wir sie bei TABOR, HASSENPFLUG und DELBRÜCK sowie - auf der Grundlage des ADHGB - bei THÖL, BUSCH und dem Obertribunal BERLIN gefunden haben [274], ist kennzeichnend für die Anhänger des tätigkeitsbezogenen Handelsgeschäftsbegriffs. Bei VON KRÄWEL zeigt sich, daß die Ergebnisse, die beide Auffassungen zu unserem Problem entwickeln, nicht so weit auseinander liegen müssen, wie es bisher den Anschein hatte. Er will der Firmenfortführung die Vermutung eines intern vereinbarten Schuldbeitritts entnehmen und begründet dies damit, daß der die Firma wechselnde Erwerber

---

271) Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 69 ff.

272) Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 71; ähnlich in Buschs Arch. Bd. 15 (1869), 249, 254 bezüglich des Forderungsübergangs: "unnütze Beschränkung des Verkehrs".

273) Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 71

274) s.o. bei FN 165, 198, 229, 231, 249

ber "nicht an die Stelle des früheren Eigentümers treten und mit ihm als eine und dieselbe Person angesehen werden", sondern das "vorhandene Geschäft als ein neues und auf eigene Rechnung" [275] anfangen will. Die Ähnlichkeit mit dem Obertribunal BERLIN und VON VÖLDERNDORFF ist frappant. VON KRÄWEL unterscheidet sich von ihnen dadurch, daß er dem Erwerber die Ausräumung der - bei ihm ja nur tatsächlichen, nicht gesetzlichen - Vermutung gestattet. Allerdings reicht dazu nicht der Hinweis auf eine entgegenstehende Parteivereinbarung. VON KRÄWEL verlangt anders als der zweite Antrag der Beratungen zum ADHGB [276] eine öffentliche Bekanntgabe des Ausschlusses aller oder einzelner Passiva. [277] Dementsprechend soll der Erwerber die Altforderungen einziehen können, wenn der Veräußerer nicht vor dem Übergang dem oder den Schuldnern das Gegenteil schriftlich angezeigt hat. [278]

Im Ergebnis entspricht das der Ansicht von TABOR, HASSENPFLUG und DELBRÜCK. [279] Die bei der Verschiedenheit der Ausgangspunkte überraschende Konvergenz geht auf ein zunehmend erkanntes Verkehrsbedürfnis nach Typisierung und Formalisierung des Geschäftsübergangs, das bereits in dem bei GANS abgedruckten GUTACHTEN zu beobachten war [280], zurück.

Für den Fall des Firmenwechsels befürwortet VON KRÄWEL eine Haftung des Erwerbers bei vom Gläubiger nachgewiesener Drittbegünstigungsabsicht der Parteien des Veräußerungsvertrages und bei allgemein oder speziell bekanntgegebener Schuldübernahme. [281]

---

275) aaO. S. 73

276) s.o. FN 213

277) aaO. S. 72

278) Buschs Arch. Bd. 15 (1869), 249, 256 f.

279) s.o. bei FN 165, 198

280) s.o. bei FN 189

281) Buschs Arch. Bd. 12 (1868), 48, 73 f.

Das Obertribunal BERLIN nahm die Kritik, der sich auch P. HINSCHIUS anschloß [282], zur Kenntnis, blieb aber bei der einmal gefaßten Meinung. [283] Demgegenüber behandelte das Appellationsgericht EISENACH in einer Entscheidung vom 1. 6. 1869 [284] die Rechtsfolgen des Geschäftserwerbs nach den Regeln des gemeinen Rechts.

f) REGELSBERGER [285] versuchte sich im Jahre 1870 an einer Systematisierung der bislang vertretenen Ansichten. [286] Entsprechend dem jeweils zugrunde gelegten Handelsgeschäftsbegriff unterscheidet er zwischen der Komplexualveräußerungstheorie mit einer obligatorischen und einer präsumtiven Variante und der Individualisierungstheorie. Zu einer Überwindung der Meinungspolarität trägt er jedoch - anders als VON KRÄWEL - nichts bei. Streng in der Tradition von ANONYMUS befangen will er den Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten ausschließlich an einen darauf gerichteten Willensakt knüpfen. [287] Dabei zeigt gerade die exakte Gegenüberstellung, wie wenig beide Auffassungen trennt. Im Grunde geht es nur um die Frage, ob eine Erklärung des Erwerbers zur Übernahme oder zum - extern oder intern wirkenden - Ausschluß der Forderungen und Verbindlichkeiten verlangt wird. Das hinter der Debatte über die Konstruktion stehende wirtschaftliche Problem ist seit TABOR und HASSENPFLUG bzw. dem GUTACHTEN bei

282) Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 1 (1867), 722 f.

283) Entscheidungen v. 2. 7. 1868, Striethorsts Arch. Bd. 70 (1869), 352 ff.; v. 19. 11. 1868, Striethorsts Arch. Bd. 71 (1869), 348 ff.; v. 12. 5. 1870, Striethorsts Arch. Bd. 78 (1871), 229 ff.

284) Buschs Arch. Bd. 19 (1870), 252 ff.

285) ZHR Bd. 14 (1870), 1 ff.

286) aaO. S. 2, 4 ff.

287) aaO. S. 27: "Es kann mir nicht in den Sinn kommen, die Möglichkeit solcher Haftungsübernahme bei Gelegenheit des Geschäftserwerbes zu bestreiten. Nur bedarf es hierzu nach meinem Dafürhalten eines besonderen, hierauf gerichteten Willenaktes."

GANS [288] im Prinzip gelöst: Die Möglichkeit einer Anbindung der Geschäftsbeziehungen an das Unternehmen wird ebensowenig geleugnet wie die Tatsache, daß spezifisch handelsrechtliche Momente den Ausschlag zu geben haben. [289] Auch steht jenseits aller Begründungsansätze außer Zweifel, daß diese Anbindung von Inhalt und Schicksal der im Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber getroffenen Vereinbarung zu lösen ist. [290] Die Zurückdrängung der Problematik in den Bereich des allgemeinen Schuldrechts mit seinen vergleichsweise umständlichen und keiner Publikation unterliegenden Rechtsgeschäften wird von keiner Seite befürwortet.

Was fehlt, ist die Synthese zwischen Bindung der Forderungen und Verbindlichkeiten an das Geschäft und der aus der Sphäre der Veräußerungsparteien heraus gebotenen Flexibilität, die allein durch eine Dispositivnorm in der von VON KRÄWEL vorgeschlagenen Art gewährleistet werden kann. Die Relevanz der Handelsgeschäftsdefinitionen für das anstehende Problem wird überschätzt. Im Grunde operiert man dabei mit Begriffshülsen, die die jeweils gewünschte juristische Konstruktion eines als sachgerecht erkannten Ergebnisses abstützen sollen. Der Schritt, der von der sterilen Opposition von Vermögens- und Tätigkeitsinbegriff weg über die Erfassung der beteiligten Interessen zu einer an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgerichteten Ordnungsnorm führt, ist nicht so weit, wie die Ausführungen von REGELSBERGER vermuten lassen. HEINSEN wird diesen Weg später mit aller Entschiedenheit beschreiten. [291]

---

288) s.o. bei FN 165, 187

289) Eine Ausnahme hiervon machen nur das Obertribunal STUTTGART (FN 207) und die Handelskammer FRANKFURT A.M. (FN 208).

290) Anders nur Obertribunal STUTTGART bei FN 207

291) s.u. bei FN 352 ff.

g) In Ansätzen finden wir ihn auch schon bei BEHREND. [292]

Er leugnet die prinzipielle Unterschiedlichkeit der beiden Entwicklungslinien und will die allein offene Frage der Konstruktion durch einen autoritativen Entscheid beantwortet wissen. [293] Vom Standpunkt des REGELSBERGERschen Handelsgeschäfts wie von dem der Gegenmeinung, der sich BEHREND zurechnet, erscheint es ihm "naturgemäß und normal ..., daß die Aktiva und Passiva von dem Erwerber mit übernommen werden" [294], weil dieser sich so leichter das Vertrauen der Kunden und Lieferanten erwerben kann, dessen er zur erfolgreichen Fortführung des Geschäftes bedarf.

Trotzdem will BEHREND - in bewußtem Gegensatz zum Obertribunal BERLIN - einen Passivenausschluß zulassen. [295] Unter dem Begriff "Handelsgeschäft" iSd Art. 23 ADHGB versteht er anders als alle bisher besprochenen Autoren nicht den Inbegriff aller zum Geschäft gehörenden Sachen und Rechte und auch nicht die Forderungen und Verbindlichkeiten allein, sondern die Differenz zwischen den Geschäftsaktiva und den Handelsschulden. [296] Die Passiven können in beliebiger Höhe vom Übergang ausgeschlos-

---

292) Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 4 (1870), S. 429 ff.

293) aaO. S. 461

294) aaO. S. 452

295) aaO. S. 430, 438
"Man darf nicht etwa glauben, daß hierdurch die Gläubiger benachtheiligt werden würden. Denn dieselben behalten ihren früheren Schuldner; eine Realsicherheit oder ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung stand ihnen deswegen, weil sie mit Rücksicht auf den Handelsbetrieb kontrahiert hatten, ohnehin nicht zu" (S. 438).

Ähnlich hatten sich auch REGELSBERGER ZHR Bd. 14 (1870), 1, 19 und VON KRÄWEL (FN 273) geäußert. Ganz anders dagegen das Obertribunal BERLIN im Urteil vom 1. 11. 1866 (FN 249): "Da nun unzweifelhaft die Rechte der Gläubiger der Handlung durch den zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber desselben abgeschlossenen Übertragungsvertrag nicht geschmälert werden können, müssen diese Gläubiger auch ihrer Seits für berechtigt erachtet werden, sich an den neuen Erwerber ... zu halten."

296) aaO. S. 431 f.

sen werden, weil dadurch das Handelsvermögen vermehrt wird, während die Aktiva in ihren wesentlichen Teilen übernommen werden müssen, um die Beibehaltung der Firma zu legitimieren.[297] Voraussetzung der externen Wirkung eines Passivenausschlusses ist nach BEHREND eine entsprechende öffentlich oder privat adressierte Mitteilung des Erwerbers.[298] Unterläßt er ihre Herausgabe, dann haftet er unbeschränkt und unbeschränkbar.

Die Begründung dieser Rechtsfolge fällt BEHREND einigermaßen schwer.[299] Seiner Auffassung vom Handelsgeschäft wegen kann er nicht von einem automatischen Übergang der Altverbindlichkeiten ausgehen. Den Veräußerungsvertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter auszulegen, hält er für verfehlt, weil dies regelmäßig eine Vergewaltigung des Parteiwillens bedeuten würde. Außerdem müßten dann Mängel des Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis durchschlagen, was den Interessen des Verkehrs zuwiderläuft. Gegen die Vermutung VON KRÄWELs und die Fiktion DELBRÜCKs[300] hat er methodische Einwände. Der einzig noch mögliche Weg ist, die Haftung des Erwerbers an die Eintragung und Bekanntmachung des Firmenübergangs ohne Passivenvorbehalt zu knüpfen. Indem BEHREND diesem Umstand ein constitutum debiti alieni entnimmt, wird er zum Begründer der Erklärungstheorie.[301]

---

297) aaO. S. 437

298) aaO. S. 443 ff.

299) aaO. S. 438 - 443

300) s.o. bei FN 198, 275

301) Die Berührungspunkte mit SÄCKERs gesetzlich vertypter Haftungsübernahme werden deutlich, wenn BEHREND, aaO., S.441 ausführt: "Will man einmal auf den Kredit und auf das Interesse der Gläubiger Rücksicht nehmen, so muß man ihnen auch gestatten, auf Grund der äußerlich hervortretenden, von dem unterliegenden Rechtsgeschäft losgelösten Erklärung gegen den Erwerber vorzugehen."

Das Zitat belegt auch, daß BEHREND trotz der bei FN 295 zitierten Ausführungen den Gläubigerschutzansatz noch nicht überwunden hat. Er fällt damit hinter das GUTACHTEN bei GANS und VON KRÄWEL zurück.

V. Stellungnahmen aus der Zeit des ROHG

a) Das REICHSOBERHANDELSGERICHT zeigte sich von allen modernistischen Konstruktionen unbeeinflußt und griff wieder auf die gemeinrechtliche Doktrin zurück.

In seiner zum Eintritt in ein einzelkaufmännisches Geschäft ergangenen Entscheidung vom 21. 10. 1870 [302] lehnt es die Interpretation des Art. 113 ADHGB als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips der Universalsukzession ab, weil sie weder mit den Intentionen der Gesetzesverfasser noch mit den Grundsätzen des Analogieschlusses vereinbar sei. Der Erwerber soll nur haften, wenn er Geschäfts- und Schuldenübernahme in öffentlichen Blättern, durch Zirkulare oder in sonstiger Weise allgemein bekanntgemacht hat. In einer derartigen Verlautbarung sieht das ROHG eine Aufforderung an die Altgläubiger, sich mit ihren Forderungen an den Erwerber zu halten, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ohne Rücksicht auf das Innenverhältnis als "selbständig wirksamer, von der Acceptation des Geschäftsgläubigers unabhängiger, obligatorischer Dispositionsact" [303] bindende Wirkung hat.

Das ROHG will also den Fortbestand der Geschäftsbeziehungen mit dem Erwerber von einem Umstand aus der Sphäre der Veräußerungsparteien abhängig machen, verschafft den Belangen des Handelsverkehrs aber insoweit Rechnung, als es seine Wirkung von den intern getroffenen Absprachen ablöst.

Die theoretische Basis dafür liefert es im nächsten Urteil[304], das die Frage der Erwerberhaftung bei Übernahme ohne Zirkular betrifft, nach. Die Vorentscheidung des Appellationsgerichts FRANKFURT a.O., die der Rechtsprechung des Obertribunals BERLIN gefolgt war, wird aufgehoben.

---

302) ROHGE 1, 62 ff.

303) aaO. S. 68; die Anknüpfung an die Rechtsprechung des OAG LÜBECK (bei FN 202 ff.) ist unverkennbar.

304) Entscheidung v. 21. 2. 1871, ROHGE 2, 46 ff.

Das ROHG legt zunächst dar, daß das Allgemeine Landrecht eine Altschuldenhaftung nicht zu tragen vermag. Verträge binden danach nur die Kontrahenten. Dritte können Rechte daraus nur über einen Beitritt, der die Bewilligung der Hauptparteien bedarf, oder über eine Zession erlangen. Beides war im anstehenden Fall ebensowenig gegeben wie die Voraussetzungen des § 19 Anh. zu § 646 Tit. 11 Th. 1, nach dem der, der durch einen Vitalitien- oder Alimentenvertrag einen Vermögensinbegriff erwirbt, für die Schulden des Veräußerers haftet. [305]

Das Handelsgeschäft läßt sich nicht als Vermögensinbegriff im Sinne einer universitas juris auffassen.

Auch das ADHGB ist unanwendbar. Die Annahme des Obertribunals BERLIN, das Geschäft sei ein abgeschlossenes Ganzes und damit eine Art Persönlichkeit, führt zu der nach Ansicht des ROHG unhaltbaren Konsequenz, daß der Veräußerer keine Aktiva von der Übernahme ausschließen könnte. Sachlich steht dem entgegen, daß die Firma nach dem ADHGB eben kein Name des Geschäfts, sondern der des Kaufmanns ist. Das Obertribunal BERLIN verwechselt Handelsgeschäft und Handelsvermögen. Ersteres gehe bereits über, wenn der Veräußerer sich weiterer geschäftlicher Tätigkeit enthalte und dem Erwerber die "mit einer bestimmten Räumlichkeit, oder mit einem bestimmten Namen, oder mit beidem verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes" [306] übertrage. Das ROHG folgt damit - ohne Zitat - dem Handelsgeschäftsbegriff von ANONYMUS, VON KRÄWEL und REGELSBERGER. [307] Eine analoge Anwendung des Art. 113 ADHGB wird - vor diesem Hintergrund nicht überraschend - ebenfalls abgelehnt, weil diese Vorschrift auf die besonderen Verhältnisse der Handelsgesellschaften zugeschnitten sei.

Schließlich sprechen auch die tatsächlichen Gegebenheiten des

---

305) abgedruckt bei REHBEIN-REINCKE S. 564 f.

306) aaO. S. 51

307) s.o. bei FN 182 f., 268, 285

Geschäftserwerbs nicht für eine Erwerberhaftung ohne entsprechenden Dispositionsakt des Erwerbers. Eine Vermutung der Passivenübernahme, wie sie VON KRÄWEL in Erwägung zieht, scheitert bereits an der Natur des Handelsgeschäfts, müßte aber in jedem Fall durch den Hinweis auf gegenteilige Parteiabreden zu entkräften sein.

Für die Auslegung des Übernahmevertrages als echten Vertrag zugunsten Dritter sieht das ROHG kein Bedürfnis, da dem Schutzbedürfnis der Altgläubiger mit der actio Pauliana Genüge getan ist.

Diese sehr ausführlich begründete Entscheidung gab die Richtung an, in der sich das ROHG zeit seines Bestehens bewegte.

Ein Urteil vom 21. 3. 1871 [308] bringt die Gleichstellung des Vollerwerbs mit dem Eintritt in ein bislang einzelkaufmännisches Geschäft. Bestehende Forderungen werden durch die Einbringung von Vermögensstücken in die Gesellschaft nicht berührt. Die Verschlechterung der Befriedigungsaussichten muß von den Altgläubigern als in der Konsequenz des Gesetzes liegend hingenommen werden. [309]

Einen der seltenen Fälle, in denen über das Schicksal von Forderungen gestritten wird, finden wir in dem Urteil vom 28. 3. 1871 [310] behandelt. Der Beklagte hatte für einen Kaufmann Aktien in Verwahrung genommen. Dessen Rechtsnachfolger verlangte die Auszahlung der Valuta der eingelösten Aktien an sich.

Das Appellationsgericht MAGDEBURG gab der Klage statt, da die Aktiva des Geschäfts bei seiner Übernahme unbedingt und ohne weiteres auf den Erwerber übergingen. Das ROHG bleibt demgegenüber bei seiner bisherigen Rechtsprechung und verlangt eine Bekanntmachung auch der Aktivenübernahme, deren Wirkungen

---

308) ROHGE 2, 143 ff.

309) aaO. S. 145

310) ROHGE 2, 151 ff.

gleichfalls ohne Rücksicht auf den Veräußerungsvertrag eintreten sollen. [311]

Aus der langen Reihe von Entscheidungen, in denen das ROHG den einmal erarbeiteten Grundsätzen treu blieb [312], sollen im folgenden nur einige für das Verständnis besonders bedeutsame herausgegriffen werden.

Das Erkenntnis vom 15. 1. 1872 [313] betrifft einen Fall, der dem des bereits besprochenen Urteils des Obertribunals STUTTGART vom 6. 7. 1853 entspricht. [314] Die Differenz der Lösungen zeigt die Fortentwicklung, die das Institut der Haftung kraft handelsüblicher Bekanntgabe zwischenzeitlich durchgemacht hat. Das ROHG spricht einer Änderung des Übernahmevertrages nach Bekanntgabe des Passivenübergangs jede Außenwirkung ab. Zur Begründung wird lediglich auf die Entscheidung

---

311) aaO. S. 155
Immerhin erkennt das ROHG nunmehr, daß der Übergang der Aktiva und der Passiva die Regel bildet. Es sieht sich jedoch außerstande, dem Rechnung zu tragen, weil dieser Normalfall im "Objekte unbestimmt und rein tatsächlicher Natur ist." (aaO. S. 154)

312) ROHG v. 4. 4. 1871, ROHGE 2, 173 ff.
ROHG v. 4. 10. 1871, ROHGE 3, 182
ROHG v. 14. 10. 1871, ROHGE 3, 333 f.
ROHG v. 21. 10. 1871, ROHGE 3, 360 ff.
ROHG v. 11. 11. 1871, ROHGE 4, 5 ff.
ROHG v. 5. 12. 1871, ROHGE 4, 198 f.
ROHG v. 15. 11. 1872, ROHGE 8, 38 ff.
ROHG v. 6. 10. 1873, ROHGE 11, 149 ff.
ROHG v. 17. 12. 1873, ROHGE 12, 159 ff.
ROHG v. 14. 11. 1874, ROHGE 15, 74 ff.

313) ROHGE 5, 382 ff.

314) s.o. FN 205 - Nach ROHG v. 2. 12. 1876, ROHGE 21, 232, 233 sind handelsübliche Erklärung und Vertrag zugunsten Dritter streng voneinander zu trennen: "Ob der frühere Inhaber ... beabsichtigt hat, ... für seine Gläubiger Rechte zu erwerben, ist unberücksichtigt gelassen. Auch wenn diese Absicht nicht vorhanden war, wird durch die erwähnte Erklärung eine Verpflichtung begründet, m.a.W.: diese Erklärung ist nicht eine Benachrichtigung ..., sondern sie ist der Dispositivact, durch welchen diese Rechte constituirt werden ..." Damit ist auch die Konstruktion der Handelskammer FRANKFURT A.M. (bei FN 208) hinfällig.

vom 21. 10. 1870 [315] verwiesen, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben heraus argumentiert. Das Bedürfnis des Handelsverkehrs nach verläßlichen Operationsgrundlagen rangiert so eindeutig vor der Privatautonomie der Vertragsparteien, daß das ROHG es nicht für nötig hält, seine Auffassung näher zu belegen.

Das Appellationsgericht POSEN nahm in einem Berufungsurteil die Ansicht von BEHREND [316] auf und begründete die Haftung des Erwerbers mit der Eintragung der Geschäftsübernahme in das Handelsregister. Das ROHG folgt dem nicht [317], weil in der Eintragung keine Passivenübernahme liege und diese im übrigen auch nicht eingetragen werden dürfe. Die Hilfsbegründung der Berufungsinstanz, nach der der Erwerber zum Beweis des Ausschlusses verpflichtet sein soll, stößt gleichfalls auf den Widerspruch des ROHG. Es sieht sich nicht in der Lage, einen dementsprechenden Handelsbrauch zu erkennen. Kautelarpraxis und Judikatur differieren dafür zu stark.

Im Urteil vom 2. 12. 1876 [318] taucht erstmals das Problem der minderkaufmännischen Geschäfte auf. Das ROHG weicht der Frage nach der Anwendbarkeit der bisher entwickelten Grundsätze dadurch aus, daß es den Veräußerungsvertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter auslegt.

Wie nicht anders zu erwarten, war der Rechtsprechung des ROHG keine allgemeine Anerkennung beschieden. Bereits die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen zeigt, daß die verkehrsfreundlichere Ansicht des Obertribunals BERLIN bei den Parteien wie bei den Instanzgerichten weiter verbreitet war, als das ROHG zugeben wollte. [319]

315) s.o. bei FN 302

316) s.o. bei FN 292, 299

317) Urteil v. 31. 1. 1875, ROHGE 16, 271

318) ROHGE 21, 232 ff.

319) Die amtliche Sammlung berichtet von 21 Entscheidungen in einem Zeitraum von nur 6 Jahren - ein Beleg auch für die zunehmende Mobilisierung der Unternehmen.

b) In Hamburg beharrten die Handelsgerichte auf einem Partikularrecht, das auf die Falliten-Ordnung von 1753 [320] zurückgeht. Danach schließt die Fortführung eines Geschäfts unter der bisherigen Firma den Übergang sämtlicher Aktiva und Passiva des Geschäftes ein. Umgekehrt wird die Beibehaltung der Firma nicht gestattet, wenn das Geschäft nicht vollständig übernommen wird. Das Handelsgericht HAMBURG [321] will daran auch angesichts der Rechtsprechung des ROHG festhalten, weil es einen Widerspruch zum ADHGB nicht zu erkennen vermag. Im Fall der Firmenfortführung anerkannte man in Hamburg [322] eine Haftung kraft handelsüblicher Bekanntmachung, die sich an das Oberappellationsgericht LÜBECK und das Handelsappellationsgericht NÜRNBERG [323] anlehnt und auf die ausdrückliche Übernahme der Passiven verzichtet.

c) Auch in der Literatur stieß die Rechtsprechung des ROHG auf Einwände. A. MOMMSEN [324] bejaht ebenso wie das Obertribunal BERLIN die unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung des Erwerbers [325], wobei er allerdings auf die Ableitung aus Art. 113 ADHGB wegen des Entscheides der Kommission verzichtet. Statt dessen argumentiert er - wie schon BUSCH und ENDEMANN vor ihm [326] - von einem ökonomisch-deskriptiven Ansatz aus.[327] Das Handelsgeschäft umfaßt seiner Ansicht nach neben der Be-

---

320) Art. 64 §§ 1, 2 der Hamburger Fallitenordnung von 1753 sind bei DELBRÜCK S. 94 f. abgedruckt.

321) Entscheidungen v. 5. 5. 1875 und v. 3. 6. 1875, Hamburgische Handelsgerichtszeitung Bd. 8 (1875), Nr. 255

322) Handelsgericht HAMBURG v. 14. 12. 1874, bestätigt durch Obergericht HAMBURG v. 9. 4. 1875, Hamburgische Handelsgerichtszeitung Bd. 8 (1875), Nr. 134

323) s.o. bei FN 202 ff., 246

324) Buschs Arch. Bd. 32 (1875), 201 ff.

325) aaO. S. 204

326) s.o. bei FN 231, 238

327) aaO. S. 209 ff.

triebsstätte und den Warenvorräten sämtliche Bezugs- und Absatzquellen einschließlich der daraus resultierenden Rechtsverhältnisse, mithin alles, was mit dem Betrieb begrifflich zusammenhängt. Das diesen Komplex einigende Moment soll nicht die Person des Kaufmanns, sondern der Zweck, "die Vermittlung zwischen Produktion und Konsumtion in dem betreffenden Verkehrszweig" [328] sein. Im Ergebnis entspricht diese Auffassung der ENDEMANNS vom Handelsgeschäft als "Verkehrswesen". In den Konsequenzen, die er daraus zieht,geht MOMMSEN jedoch weit über ENDEMANN hinaus. Außenstände wie Verbindlichkeiten sind für ihn selbstverständlicher Bestandteil des unter einer Firma betriebenen Geschäfts, so daß der Erwerber ohne weiteres berechtigt wird, die Forderungen einzutreiben und die Schulden zu begleichen. [329] Auf diese Weise glaubt er sich der "Notwendigkeit ..., zu allerhand künstlichen Konstruktionen rekurriren zu müssen" [330] enthoben. Daß das Handelsgeschäft als Verkehrswesen weder im ADHGB noch im gemeinen Recht seinen Platz hat, wird dabei geflissentlich übersehen. MOMMSENs Auffassung von der Forthaftung des Veräußerers stellt ein völliges Novum dar. Zwar lehnt auch er eine Befreiung als den schutzwürdigen Interessen der Gläubiger widersprechend ab. Er läßt ihn jedoch hinter den Übernehmer zurücktreten und lediglich subsidiär haften.Selbst die Einrede der Vorausklage will er dem Veräußerer zugestehen. [331]

d) LADENBURG [332] übt gleichfalls heftige Kritik am Ausgangspunkt des ROHG. Der Fall, den es ebenso wie ANONYMUS und REGELSBERGER im Auge hat, ist seiner Ansicht nach überhaupt

---

328) aaO. S.210

329) aaO. S. 214 ff.

330) aaO. S. 215

331) aaO. S. 218

332) Buschs Arch. Bd. 34 (1875), 25 ff.
Buschs Arch. Bd. 36 (1877), 81 ff.
Buschs Arch. Bd. 40 (1880), 49 ff.
ZHR Bd. 30 (1885), 90 ff.

nicht als Erwerb eines Handelsgeschäfts anzusehen. Wenn der Veräußerer lediglich auf die bisherige geschäftliche Tätigkeit zugunsten des Erwerbers verzichtet, sich aber die Liquidation der Aktiva und Passiva vorbehält, liegt ausschließlich eine Empfehlung an die alte Kundschaft vor, da es an einem Zusammenhang zwischen altem und neuem Geschäft fehlt. Von einer Kontinuität, die es rechtfertigt, statt von einer "Neugründung" von einer "Übernahme" zu sprechen, kann LADENBURG zufolge nur die Rede sein, wenn die Abwicklung bestehender Rechtsverhältnisse dem Erwerber überlassen wird. [333] Die so verstandene Übernahme begründet dann seine Haftung. Soweit sie vertraglich vorgesehen ist, stützt LADENBURG dieses Ergebnis auf die Interpretation des Veräußerungsvertrages in Richtung auf einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter [334] und auf ungerechtfertigte Bereicherung. [335] Sollen nach den Parteivereinbarungen nur die Aktiva übergehen, um dem Erwerber die Fortführung des alten Geschäfts zu ermöglichen, dann muß er trotzdem die Altverbindlichkeiten erfüllen. Als Rechtsnachfolger des früheren Inhabers in die Gesamtheit "Handelsgeschäft" tritt er in alle darauf bezogenen Rechtsverhältnisse ein. [336] Dahinter steht nichts anderes als der sog. deutsch-rechtliche Vermögensbegriff, nach dem die Schulden auf dem Vermögen - darunter werden nur die Aktiva verstanden - lasten und mit diesem übergehen. [337] Dieser Gedanke, den O. VON GIERKE und HELLWIG zur Auslegung des § 25 HGB heranziehen [338]

---

333) Buschs Arch. Bd. 34 (1875), 25, 27 f., 31 f.

334) Buschs Arch. Bd. 36 (1877), 81, 85 ff.; Buschs Arch. Bd. 40 (1880), 49, 62: "Wir bedürfen übrigens des Prinzips der Rechtsnachfolge nur dann, wenn die Parteien es an der nöthigen Vorsorge haben fehlen lassen." Ebenso in ZHR Bd. 30 (1885), 90, 93 ff.

335) Buschs Arch. Bd. 36 (1877), 81, 88 ff.; ZHR Bd. 30 (1885), 90, 97 ff.

336) Buschs Arch. Bd. 34 (1875), 25, 32 ff., 62 ff.; Buschs Arch. Bd. 40 (1880), 49, 66 ff.: "Er haftet, weil er die Aktiva übernimmt und kann sich von dieser Haftung nicht durch ein Übereinkommen mit dem Übergeber befreien."(S.67)

337) vgl. zum deutschrechtlichen Vermögensbegriff die Nachweise in FN 120

338) O. V. GIERKE, Fschr. MARTITZ, S. 72 ff.; HELLWIG S. 399 ff.; zu ihrer Ansicht wird u. im § 10 IV ausführlich Stellung genommen.

läßt LADENBURG als den Begründer der Vermögensübernahmetheorie[339] erscheinen. Bereits hier offenbaren sich die Schwächen, mit denen diese Meinung nach dem Inkrafttreten des § 25 HGB zu kämpfen haben wird: Die Fortführung der bisherigen Firma ist in diesem Rahmen ein Fremdkörper. Sie läßt sich nur als Modifikation eines allgemeinen Typus "Geschäftsübernahme" ohne größere rechtliche Relevanz begreifen.[340] Auch mit der Haftung kraft handelsüblicher Bekanntmachung kann LADENBURG von seinem Ansatz aus nicht viel anfangen.[341] Er faßt Zirkulare, Börsenanschläge u. ä. als bloße Mitteilungen einer Tatsache - des Geschäftsübergangs - auf, die über den Beweis eben dieser Tatsache hinaus jeder rechtlichen Bedeutung entbehren.[342]

e) Zustimmung fand das ROHG nur bei SIMON.[343] Er weist die Definition des Handelsgeschäfts als Komplex von Vermögensgegenständen scharf zurück.[344] Wenn es dem Erwerber lediglich um Aktiva und Passiva ginge, wäre die Zahlung eines Firmenmehrwertes unverständlich.[345] Er lehnt es auch ab, die Frage nach der Behandlung der Geschäftsbeziehungen im Veräußerungsfalle aus der Beschreibung der ökonomischen Funktion und Wirkungsweise des Handelsgeschäfts heraus zu beantworten. Seiner Ansicht nach ist mit einer solchen Ableitung "für die Konstruktion des Rechtsinstitutes selbst (nicht) das Mindeste

---

339) s.o. S. 34 ff.

340) so ausdrücklich in Buschs Arch. Bd. 34 (1875), 25, 33, 46

341) vgl. MORISSE, S. 1 FN 1, der § 25 III HGB aus seiner Untersuchung völlig ausklammert.

342) Buschs Arch. Bd. 34 (1875), 25, 54; Bd. 36 (1877), 81, 83 zu ROHG v. 21. 10. 1870: "Es liegt wohl auf der Hand, daß diese Interpretation der üblichen Zirkularschreiben eine gesuchte, ja man darf sagen, eine willkürliche ist ..."

343) ZHR Bd. 24 (1879), 91 ff.

344) aaO. S. 111 f., 118 ff.

345) aaO. S. 119 ff.

gewonnen", denn "dieses wird durch seinen nächsten juristischen Zweck charakterisiert, nicht durch 'höhere wirtschaftliche Ideen'". [346] Eine dementsprechende Definition vermag er allerdings nicht zu liefern. Auch der tätigkeitsbezogene Handelsgeschäftsbegriff, den SIMON im Anschluß an ANONYMUS, REGELSBERGER und das ROHG [347] vertritt [348], ist nichts anderes als eine aus tatsächlichen Vorgängen gewonnene Abstraktion. Die einzige Differenz zwischen SIMON und dem ROHG liegt in der Beurteilung der Haftung kraft handelsüblicher Bekanntmachung.[349] SIMON will die Berufung auf Treu und Glauben nicht ausreichen lassen und stellt stattdessen auf einen unmittelbar wirkenden, gewohnheitsrechtlich verankerten Rechtssatz ab.

In einer Erwiderung auf SIMON verdeutlicht LADENBURG [350] die wirtschaftlichen Erwägungen, die seine Auffassung tragen. Das Eingehen langfristiger rechtsgeschäftlicher Bindungen zur Beschaffung von Produktionsmaterial sowie zur Durchführung von Produktion und Absatz ist unausweichliche Folge ökonomischer Zwänge. Zerstört man diese Beziehungen, dann verlieren sie ihre spezifische Bedeutung und das Unternehmen einen Teil seiner Lebenskraft. Aufgabe der LADENBURGschen Rechtsnachfolgekonstruktion ist es, die Stetigkeit der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse über den Geschäftserwerb hinweg "im Sinne der Erhaltung und Konsolidierung der vielfach verschlungenen Interessen" [351] zu sichern.

---

346) aaO. S. 112; er wendet sich hier direkt gegen MOMMSEN, von dem das angeführte Zitat stammt.

347) s.o. bei FN 183, 285, 304

348) aaO. S. 121: "Der Geschäftserwerber erhält das Recht zum Betriebe des Handelsgewerbes ... Was im Einzelnen dazu gehört, ist quaestio facti."

349) aaO. S. 163 ff.

350) Buschs Arch. Bd. 40 (1880), 49 ff.

351) aaO. S. 59

VI. Der Gesetzgebungsvorschlag HEINSENs und die Diskussion auf dem 15. DJT

Im Prinzip ähnlich, aber aus einem größeren Zusammenhang heraus und unter dem Aspekt zukünftiger Kodifikation ging HEINSEN in seinem für den 15. Deutschen Juristentag erstatteten Gutachten die Frage an. [352]

Er konstatiert eine allgemeine Rechtsunsicherheit in Wissenschaft und Praxis, die er völlig richtig auf den Mangel einer einheitlichen Definition des Handelsgeschäfts zurückführt.[353] Der augenblickliche Rechtszustand ist aus einer ganzen Reihe von Gründen untragbar. [354] Den Schuldnern fehlt es an einer klaren Aussage darüber, wer zum Empfang der Leistung berechtigt ist; die Gläubiger sind im Zweifel über die Person des Schuldners. Beide werden durch den Inhaberwechsel in ihrem Geschäftsgebaren verunsichert, weil sie nicht wissen, ob die Beziehungen vom Erwerber fortgesetzt werden. Die Fortführung der alten Firma löst diese Probleme nach HEINSENs Ansicht nicht aus, sondern kompliziert sie nur. Den Veräußerungsparteien selbst gebricht es an verläßlichen Regelungen über die Berechtigung zum Einzug der Forderungen bzw. der Verpflichtung, die Schulden zu berichtigen, wenn und soweit es einer internen Vereinbarung ermangelt oder diese lückenhaft ist. Schließlich hat auch der Firmenrichter nicht unerhebliche Probleme, wenn er unter dem Blickwinkel des Art. 23 ADHGB über das Recht des Erwerbers zur Fortführung der Firma entscheiden soll.

---

352) Die ihm gestellte Frage lautete:
"Rechtfertigt sich eine allgemeine Vorschrift des Inhalts, daß, wer ein Handelsgeschäft übernimmt, oder in ein solches als offener Theilhaber eintritt, falls die Firma unverändert bleibt, ohne Weiteres activa und passiva übernimmt?" - HEINSEN änderte die Fragestellung bezeichnenderweise um in:" ... überhaupt oder falls die Firma unverändert bleibt ..."

353) aaO. S. 224

354) aaO. S. 226 f.

Bei der gesetzgeberischen Lösung bieten sich laut HEINSEN zwei Möglichkeiten: einmal der Verweis auf die Institute des allgemeinen Schuldrechts, die eine Parteiänderung im Schuldverhältnis zur Folge haben - Zession, Schuldübernahme, Novation, Schuldanerkenntnis -, was einen Verzicht auf handelsrechtliche Besonderheiten impliziert, oder aber die Anordnung des regelmäßigen Übergangs der Forderungen und Verbindlichkeiten.[355] Den ersten Weg verwirft HEINSEN als wenig interessegerecht und völlig zu Recht von niemandem vertreten. Allein die zweite Alternative entspricht dem mit dem Übergang des Handelsgeschäfts "verfolgten Zweck, dem Bedürfnis des Handelsverkehrs, und einer consequenten Fortentwicklung des geltenden Rechtes".[356] Die Richtigkeit dieser These belegt HEINSEN mit einer breit angelegten Analyse der vom Geschäftsübergang tangierten Interessen.

Er geht davon aus, daß es das Ziel der Veräußerungsparteien[357] sein muß, dem Erwerber bzw. der vom früheren Alleininhaber mit einem anderen gebildeten Handelsgesellschaft die Geschäftsbeziehungen zu sichern. Gerade die Möglichkeit, auf bereits Gewachsenem aufbauen zu können, ist ja der Umstand, der den übernehmenden Teil dazu bewegt, ein bestehendes Geschäft zu erwerben, anstatt ein neues zu begründen. Nur die Übernahme der Forderungen läßt den Erwerber nicht als Inhaber eines nach Gegenstand und Betriebsstätte gleichartigen, sondern als Repräsentant "des identischen früheren Geschäfts" [358] erscheinen. Hier knüpft HEINSEN ganz offensichtlich an die Kontinuitätsvorstellungen LADENBURGs [359] an. VON TABOR, HASSENPFLUG, BUSCH und dem Obertribunal BERLIN [360] unterscheidet er sich dadurch, daß er nicht auf das Geschäft selbst abstellt, indem er

---

355) aaO. S. 227

356) aaO. S. 228; Obertribunal STUTTGART v. 6. 7. 1853 (FN 207) und Handelskammer FRANKFURT A. M. (FN 208) werden allerdings übersehen.

357) zum "Standpunkt des Geschäftsveräußerers und Erwerbers" siehe aaO. S. 228 ff.

358) aaO. S. 229

359) s.o. bei FN 350 f.

360) s.o. bei FN 165, 231, 249

ihm eine wie auch immer geartete Rechtspersönlichkeit zuspricht, sondern aus der Sphäre der Veräußerungsparteien heraus argumentiert. Gleichzeitig bewahrt ihn die Konzentration auf den häufigkeitstypischen Regelfall der Übernahme zur Fortführung davor, wie ANONYMUS, REGELSBERGER und das ROHG [361] unumschränkter Parteiherrschaft das Wort zu reden. HEINSEN nimmt damit den schon von VON KRÄWEL und BEHREND [362] geäußerten Gedanken auf, nach dem die Regelung des Schicksals der Forderungen und Verbindlichkeiten sich nicht an abstrakte und wegen ihrer Stringenz dem Funktionieren des Handelsverkehrs letztlich abträgliche Grundsätze, sondern nur an das "verständiger und regelmäßiger Weise Gewollte" [363] halten darf. Konsequent verzichtet er auf die Auseinandersetzung mit den überkommenen Handelsgeschäftsbegriffen zugunsten einer ausschließlich interessenorientierten Lösung.

Der Veräußerer kann bei einem Übergang der Geschäftsbeziehungen regelmäßig einen höheren Verkaufserlös erzielen und entledigt sich bestehender Leistungsverpflichtungen bzw. -forderungen, die er - mindestens soweit sie geschäftsbezogen sind - doch nur unter Schwierigkeiten erfüllen bzw. verwerten könnte. Der Erwerber verbessert seine Startposition, wenn er mit den Marktpartnern in unmittelbaren Kontakt treten kann.

Dem laufen die Interessen der Gläubiger und Schuldner [364], wie HEINSEN richtig erkennt, weitgehend parallel. Ganz offensichtlich ist das hinsichtlich der vom Leistungssubstrat her geschäftsbezogenen Rechtsverhältnisse. Aber auch für Geldleistungen gilt nichts anderes, weil sie regelmäßig komplizierten und auf Dauer angelegten synallagmatischen Verhältnissen

---

361) s. o. bei FN 183, 285, 302 ff.
362) s. o. bei FN 275, 294
363) aaO. S. 232
364) aaO. S. 232 f.

entspringen, die zu zerstören wenig sinnvoll ist.

Aus gem gleichen Grunde befürwortet HEINSEN bezüglich der Dienstverhältnisse [365] eine Vertragsübernahme seitens des Erwerbers. Endlich sind bei einer entsprechenden gesetzlichen Regelung auch die Voraussetzungen des Art. 23 ADHGB leichter feststellbar. [366]

HEINSEN schlägt daher vor, den Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten an den Erwerb des Geschäftes anzuknüpfen.[367] Den Ausschluß von Forderungen hält er für zulässig und möglich, wenn er den Schuldnern in gehöriger Weise bekanntgemacht wird; den von Verbindlichkeiten dagegen nicht. Insoweit glaubt er, dem Schutzbedürfnis Dritter Rechnung tragen zu müssen. Der Veräußerer soll auch nach dem Geschäftsübergang haften, da aus dem Gläubigerinteresse an der Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen mit dem Erwerber nicht notwendig auf die Absicht, den ursprünglichen Schuldner entlassen zu wollen, geschlossen werden kann.

Eine gesonderte Behandlung der Fälle, in denen die Firma des Veräußerers beibehalten wird, lehnt HEINSEN dagegen ab. Dieser Umstand sei für die Behandlung der Geschäftsbeziehungen nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Die gleichen Probleme tauchen - wenn auch in verringerter Intensität - bei einem Firmenwechsel des Erwerbers auf. Entscheidend ist für HEINSEN allein der Erhalt des funktionellen Bezugs über den Inhaberwechsel hinweg.

Die Versammlung des 15. Deutschen Juristentages vermochte dem nicht zu folgen. MAKOWER [368] will der Firmenfortführung konstitutive Bedeutung zusprechen. Nur so könne man der Rolle

---

365) aaO. S. 233

366) aaO. S. 236 ff.

367) aaO. S. 243

368) MAKOWER war Referent über das von HEINSEN erstattete Gutachten auf dem 15. DJT. Sein Beitrag wie die sogleich angeführten sind abgedruckt in: Verhandlungen des 15. DJT., Bd. 2, Berlin 1881, S. 132 ff.

dieses Instituts in der Geschäftswelt gerecht werden. Allein mit der Beibehaltung der bisher für das Geschäft geführten Firma erkläre der Erwerber, es in Gänze übernehmen zu wollen. Die Anklänge an TABOR und HASSENPFLUG und die in ihrer Tradition stehenden Stellungnahmen [369] sind unverkennbar. HEINSEN[370] begegnet dem mit dem Hinweis, daß der Grundgedanke des Art. 113 ADHGB, Abwicklungsschwierigkeiten bei Veränderungen im Personenbestand von vornherein zu unterbinden [371], auf jeden Geschäftserwerb zutreffe. Auch sei die Firmenfortführung kein sicheres Anzeichen für einen internen Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten, weil ein Wechsel nicht notwendig auf einen Ausschluß hindeute. Er legt noch einmal dar, daß sich die Problematik erst aufgrund einer Betrachtung des Geschäfts als zweckorientiertes Gefüge erschließt. Trotzdem sprechen sich im weiteren Verlauf der Debatte JOEL [372], HOYER [373], PANN [374] und KÜCHENDAHL [375] für MAKOWERs Ansicht aus, wobei die beiden Letztgenannten zur Stützung ihrer Auffassung auf die Lehre von der Rechtssubjektivität der Firma zurückgreifen. Lediglich BECKH [376] will HEINSEN folgen, um Manipulationen mit der Firma zu verhindern. In der Schlußabstimmung setzt sich mit großer Mehrheit die Meinung MAKOWERs durch. [377]

---

369) s.o. bei FN 165, 231, 249

370) aaO. S. 135 ff.

371) Protokolle S. 280

372) aaO. S. 141 ff.

373) aaO. S. 147 f.

374) aaO. S. 144 f.

375) aaO. S. 150 f.

376) aaO. S. 148 ff.

377) aaO. S. 153

VII. Die Rechtsprechung des REICHSGERICHTS

Das REICHSGERICHT fand bis zum Inkrafttreten des HGB keine einheitliche Linie.

Der III. Zivilsenat [378] setzt sich über die Rechtsprechung des ROHG, der das OLG KASSEL als Berufungsinstanz gefolgt war, im Sinne der MAKOWERschen Auffassung hinweg. Unter der Voraussetzung, daß das Handelsgeschäft durch Vertrag mit dem Veräußerer oder dessen Erben erworben und unter der alten Firma fortgeführt wird, bejaht er eine Haftung des Übernehmers. In der Firmenkontinuität liege ein Angebot an die Altgläubiger, ihre Forderungen zu erfüllen.

Der II. Zivilsenat [379] mag sich zu dieser Gleichstellung der Firmenfortführung mit der handelsüblichen Bekanntmachung nicht bekennen und begründet die Erwerberhaftung auf andere Weise. Im zu entscheidenden Fall war ein Zirkular versandt worden, aus dem der Eintritt eines Gesellschafters hervorging. Da keine Passivenübernahme mitgeteilt wurde, wäre die Haftung des Erwerbers nach dem ROHG abzulehnen gewesen. [380] Dem RG gelingt es jedoch, die Schwäche des Zirkulars zu überspielen, indem es - ohne Zitat - auf die Konstruktion von BEHREND zurückgreift. [381] Dem vorbehaltlosen Antrag auf Bekanntmachung des Eintritts wird die an die Gläubiger gerichtete Erklärung entnommen, das Geschäft werde unter Übernahme der Aktiven und Passiven fortgeführt. Daß das Handelsregister auch dann nicht zur Publikation der Erwerbsmodalitäten dient, wenn diese dem Registergericht bekannt werden, wird vom Senat gesehen. Er hält diesen Umstand aber nicht für bedeutend, da jedermann Einsicht in die den Eintragungen zugrunde liegenden Unterlagen nehmen könne. Die Frage, ob es sich dabei nicht um eine ge-

---

378) RG v. 9. 7. 1880, RGZ 2, 48 ff.

379) RG v. 9. 1. 1893, RGZ 8, 64 ff.

380) s.o. bei FN 302

381) s.o. bei FN 292, 299

schickt verbrämte Fiktion handelt, stellt der II. Senat begreiflicherweise ebensowenig wie das der III. Senat getan hatte.

Ein Urteil vom 1. 5. 1883 [382] zeigt deutlich die Schwierigkeiten, denen sich die am Vermögensinbegriff orientierte Definition des Handelsgeschäfts ausgesetzt sieht. Der Erblasser hatte seinem Geschäftsführer das Speditionsgeschäft mit der Firma vermacht, "jedoch ohne die Aktiven und Passiven, welche meinem Nachlasse zugehören sollen und von ihm nur zu ordnen sind". [383] Die klagende Erbin bestritt dem Vermächtnisnehmer das Recht zur Firmenfortführung unter Berufung darauf, daß er kein Handelsgeschäft iSd Art. 23 ADHGB erworben habe. Der II. Zivilsenat behilft sich mit einer zweckentsprechenden Auslegung des Testaments und spricht die Forderungen und Verbindlichkeiten - sonstige Aktiva waren nicht vorhanden und nach der Natur des Geschäfts auch nicht zu erwarten - dem Übernehmer zu. Dieser sei lediglich zur Vergütung der Differenz zwischen Aktiven und Passiven an die Erben verpflichtet. Auf die Ansicht BEHRENDs, der in diesem Fall zur Verneinung des Rechts zur Firmenfortführung kommen müßte, [384] geht der Senat nicht ein. Er weist darauf hin, daß das Geschäft nicht förmlich liquidiert worden sei und daher nicht zu bestehen aufgehört habe. Die Voraussetzungen des Art. 23 ADHGB lägen damit vor.

Die Entscheidung vom 12. 1. 1886 [385] klärt den Umfang der Zirkularhaftung dahingehend, daß "alle diejenigen Verpflichtungen, welche mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen engen, inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge eben dieses Geschäftsbetriebes erscheinen" [386], übergehen.

---

382) RGZ 9, 81 ff.

383) Wörtl. Zitat aus dem Sachverhalt der Entscheidung

384) s.o. bei FN 396 - Die Vergütung senkt die Differenz zwischen den Aktiva und den Handelsschulden auf Null.

385) RGZ 15, 51 ff.

386) aaO. S. 54

Am 20. 4. 1887 hatte sich der erste Zivilsenat [387] mit der Übernahme eines minderkaufmännischen Geschäftes zu befassen. Er resumiert die bisher vom RG erarbeiteten Grundsätze, kann sich aber zu ihrer Anwendung nicht durchringen. Die Passivenübernahme kraft Firmenfortführung erscheint ihm im offen ausgesprochenen Gegensatz zum III. Senat in ihrer Berechtigung zumindest fragwürdig. Auch die ausdehnende Anwendung der Haftung kraft handelsüblicher Bekanntmachung bleibt dahingestellt. [388] Der Senat zieht sich auf die Rüge unzureichender Tatsachenfeststellung zurück und verweist ohne klare Entscheidungsrichtlinie, aber mit einem deutlichen Hinweis auf die Möglichkeit einer Haftung kraft Vermögensübernahme an das OLG.

Zwei weitere Urteile des RG besagen, daß eine Enthaftung des Veräußerers nur unter besonderen Umständen anzunehmen ist. [389]

Die letzte Entscheidung zu unserem Problem vor dem Inkrafttreten des HGB stammt vom VI. Zivilsenat. [390] Bei einer Geschäftsübernahme unter Beibehaltung der Firma und speziell adressiertem Zirkular war dem Kläger, obwohl seine Forderung vom Übergang ausgeschlossen worden war, versehentlich eine Mitteilung der Passivenübernahme zugegangen. Der VI. Zivilsenat distanziert sich sehr deutlich von der Anknüpfung der Erwerberhaftung an die Firmenfortführung, wobei er sich auf REGELSBERGER, SIMON und das ROHG beruft. [391] Einen Widerspruch zur Rechtsprechung des III. Senats vermeidet er dadurch, daß er dessen Urteil vom 9. 7. 1880 [392] einschränkend auslegt. Seine Behauptung, die dort geäußerte Rechtsauffassung sei "nur dahin gegangen, daß dem Gebrauche der Firma durch den neuen

---

387) RGZ 17, 96 ff.

388) aaO. S. 99

389) RG v. 13. 7. 1887, RGZ 19, 129 ff.
RG v. 12. 4. 1893, RGZ 31, 45 ff.

390) RG v. 1. 3. 1897, RGZ 38, 173 ff.

391) s.o. bei FN 285, 302, 343

392) s.o. bei FN 378

Erwerber die fragliche Rechtsfolge insoweit zuzuschreiben sei, als dieser ... die Geschäftsschulden ausdrücklich übernommen habe", [393] ist nicht bedenkenfrei. Trotzdem kommt auch der VI. Zivilsenat zur Haftung des Erwerbers entgegen der internen Vereinbarung. Er greift auf die Behandlung des Zirkulars durch das ROHG zurück. Der Bekanntmachung einer Passivenübernahme eine per se, ohne vertragliche Absicherung rechtsbegründende Willenserklärung zu entnehmen, sei vollkommen gerechtfertigt. Im Gegensatz zur Haftung kraft Firmenfortführung könne hier von Willkür keine Rede sein. [394]

VIII. Die DENKSCHRIFT zum HGB von 1897

Das HGB von 1897 bringt dann endlich die von allen Seiten gewünschte gesetzliche Lösung des Problems. Die §§ 25 bis 28 HGB gelten in der Form, in der sie - als §§ 24 bis 27 des Entwurfs - dem Bundesrat zugeleitet wurden, noch heute fort. Die Erwägungen, von denen sich ihre Verfasser leiten ließen, wurden in einer DENKSCHRIFT [395] zur Vorlage niedergelegt und publiziert. [396]

Sie weist zunächst die - immerhin denkbare [397] - unbedingte Anbindung der Geschäftsbeziehungen an das übernommene Unternehmen als Vergewaltigung des Parteiwillens zurück. Forderungen und Verbindlichkeiten sollen nicht unmittelbar mit dem Handelsgeschäft auf den Erwerber übergehen, weil es "zunächst

---

393) aaO. S. 175

394) aaO. S. 176

395) zur 1897 publizierten Bundesratsvorlage eines Entwurfs eines Handelsgesetzbuches

396) Die Zitate im Text richten sich nach dem Abdruck bei HAHN-MUGDAN S. 218 ff.

397) vgl. Obertribunal BERLIN v. 1. 11. 1866 (bei FN 249, 257), das insofern über BUSCH hinausgeht, sowie KOUMANTOS S. 133 ff. zum griechischen Recht.

Thatfrage (ist), ob die Parteien dies beabsichtigt haben". [398] Es folgen dann einige Bemerkungen zum in § 25 I HGB geregelten Fall des Erwerbs unter Fortführung der Firma des Veräußerers, die im Wortlaut wiedergegeben werden müssen, weil sie zu mannigfaltigen Mißverständnissen Anlaß gegeben haben:

> "Anders verhält es sich im Falle der Fortführung der bisherigen Firma. Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigenthümerin des Handlungsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings rechtlich unzutreffend; nichtsdestoweniger erscheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Berechtigte und Verpflichtete angesehen wird, in Bezug auf die Frage des Überganges der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäftes, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatze, fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Geschäftsinhabers soweit als möglich einzutreten ...". [399]

Ungeachtet ihrer prinzipiellen Unvereinbarkeit [400] glauben sowohl die Rechtsscheintheorie als auch die Erklärungstheorie, in diesen Ausführungen eine Stütze ihres Ansatzes zu finden. Die Rechtsscheintheorie faßt den im zweiten Satz des obigen Zitats verwendeten Begriff "Verkehr" als Synonym für die mit dem Unternehmen in Beziehung stehenden Geschäftskreise auf. Damit wird § 25 I HGB zu einer Drittschutznorm, die auf eine - wenn

---

398) aaO. S. 218

399) aaO. S. 219 oben

400) Wo eine rechtsgeschäftliche Erklärung tatsächlich vorliegt, fehlt es naturgemäß an einem entsprechenden Schein, vgl. MORISSE S. 13 ; HECKELMANN Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, S. 129 ; 134 . Bestimmt man jedoch die Voraussetzungen, die an das Vorliegen einer Willenserklärung gestellt werden, aus der Sicht des Verkehrs, dann ergeben sich zwischen beiden Ansätzen erhebliche Gemeinsamkeiten, dazu schon bei FN 53.

auch irrige - Vorstellung des Handelsverkehrs zurückgeht. Daß die DENKSCHRIFT der Firmenfortführung im gleichen Atemzug eine Erklärung des Erwerbers, die angestammten Geschäftsbeziehungen übernehmen zu wollen, entnimmt und damit auf ein zweites, völlig entgegengesetztes Prinzip verweist, paßt nicht so recht ins Bild. Der Unmut, den die Anhänger dieser Auffassung angesichts dessen empfinden müssen, entlädt sich in heftigen Angriffen auf das Gesetz und seine Verfasser. [401]

Demgegenüber fühlt sich SÄCKER [402] aufgerufen, die DENKSCHRIFT zu verteidigen. Er interpretiert "Verkehr" als Gesamtheit aller handeltreibenden Subjekte, schließt also Veräußerer und Erwerber mit ein. Dann weist der erste Begründungssatz "auf den sozialtypischen Regelfall hin, daß derjenige, der ein Handelsgeschäft übernimmt und die Firma fortführt, damit r e g e l m ä ß i g nach der Verkehrsauffassung ... für die Altschulden haften will". [403] Der Folgesatz führt diesen Tatbestand nur näher aus.

Beide Auslegungsvarianten sind sicher nicht denkunmöglich. Es fragt sich allerdings, ob sie die Motivation der DENKSCHRIFT nicht ungewollt verkürzen. Schließlich wird der erste Satz des obigen Zitats durch das einleitende Adverb in einen Gegensatz zum Anfang des Absatzes gerückt, wo der Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten sehr viel weiter der privatautonomen Disposition der Veräußerungsparteien anheimgestellt wird, als es der Rechtsschein- und der Erklärungstheorie zuträglich ist. [404] Richtig verstanden sagt die DENKSCHRIFT mit dieser Gegenüberstellung nichts anderes, als daß die alles entscheidende "Thatfrage" nach der einvernehmlichen Regelung des Schicksals der Geschäftsbeziehungen im Falle der Firmenfortführung bereits verbindlich beantwortet werden kann: Der unter der al-

---

401) Nachweise in FN 14

402) ZGR 1973, 261, 266

403) aaO., Hervorhebung im Text

404) s.o. bei FN 55 f., 77 ff.

ten Firma auftretende Erwerber will sich deren good will zunutze machen und die angestammten Verbindungen fortsetzen, soweit er sich nicht ausdrücklich dagegen verwahrt. Insofern geht die Formel SÄCKERs, die Gesetzesverfasser hätten hier "Rechtswissenschaft und Rechtsprechung das 'freirechtliche' Räsonieren darüber abgeschnitten, ob die Firmenfortführung einen empirisch gesicherten Schluß auf den Willen des Erwerbers zulasse" [405], in der Tendenz mit den legislatorischen Erwägungen durchaus konform. Seine Prämisse - Haftung kraft typisierter Erklärung - ist allerdings unhaltbar. [406] Was es mit den Ausführungen, die Rechtsschein- und Erklärungstheorie als ihre Grundlage ansehen, wirklich auf sich hat, läßt sich unter dem Blickwinkel der Vorgeschichte des Gesetzes unschwer ausmachen. Der erste Begründungssatz steht erkennbar in der Tradition der von TABOR und HASSENPFLUG begründeten und durch das 19. Jahrhundert hindurch vielfältig variierten Ansicht, nach der das Handelsgeschäft als Vermögensinbegriff aufzufassen ist, bei dessen Veräußerung auch Forderungen und Schulden übergehen. Der zweite rekurriert auf die Gegenmeinung, die dafür stets eine Willenerklärung des Erwerbers verlangt. Sie wird von den Verfassern der DENKSCHRIFT insofern etwas verbogen, als sie ja - jedenfalls in ihrer ursprünglichen Form - der Firmenfortführung jede indizielle Bedeutung abspricht. [407] Man wird dem das Bemühen entnehmen müssen, dem letztendlich unfruchtbaren Streit um die Konstruktion der Übernahme die Spitze zu nehmen und beide Entwicklungslinien im Sinne von BEHREND [408] und HEINSEN [409] in eine Norm zu integrieren. Die beiden Begründungssätze verstehen sich dann als Versuch einer Synthese der bislang vertretenen Ansichten. Das

---

405) aaO. S. 278

406) insofern darf auf das S. 11 ff. Gesagte verwiesen werden.

407) vgl. ANONYMUS bei FN 186; REGELSBERGER ZHR Bd. 14 (1870), 1, 17 ff.; SIMON ZHR Bd. 24 (1879), 91, 137 ff.

408) Nachweis bei FN 293

409) bei FN 352 f.

erklärt zum einen ihre - trotz des Rettungsversuches von SÄCKER wohl nicht auszuräumende [410] - innere Widersprüchlichkeit. Zum anderen wird aus dieser Sicht die die rechtliche Natur der Firma bewußt vernachlässigende Argumentation aus dem Rechtstatsächlichen heraus verständlich. Vor der Zusammenfassung der Ergebnisse beider Theorien in einer Norm war die Synthese der rechtstatsächlichen Ansätze zu leisten, wollte man sich nicht dem Vorwurf der Willkür aussetzen. Daß dieser trotzdem erhoben werden konnte und sich bis heute behauptet hat [411], geht auf das Konto der gewählten Formulierung. Sie rückt das Tatbestandsmerkmal der Firmenfortführung in den Vordergrund und überspielt die dahinterstehenden Erwägungen. Diese offenbaren sich in den Ausführungen zu § 25 HGB nur an ganz versteckter Stelle. Zur Begründung der Tatsache, daß wohl gesamtschuldnerische Haftung, nicht aber Gesamtberechtigung statuiert wird, heißt es:

> "Die Lage des Schuldners würde erschwert werden, wenn ihm zwei Gläubiger statt eines einzigen gegenüberständen und auch die Rechte des Erwerbers der Firma würden gefährdet, wenn sein Vorgänger das Recht hätte, über die Forderungen zu verfügen." [412]

Hier zeigt sich, daß die Gesetzesverfasser nicht irgendwelchen Gerechtigkeitspostulaten anhingen, sondern um eine interessengemäße Abwicklung der Geschäftsübernahme bemüht waren. Indem den Rechten des Erwerbers und der Sicherheit des Schuldners der Vorrang vor einer eventuellen Aufrechnungsposition des Veräußerers eingeräumt wird, trifft das Gesetz eine - revisible - Entscheidung für den ungestörten Fortbestand der Geschäftsbeziehungen mit dem nunmehr in der Hand des Erwerbers befindlichen Handelsgeschäft.

---

410) Die prinzipielle Verschiedenheit beider Ansätze wird durch seine Deutung nur überdeckt, aber nicht erklärt.

411) Nachweise in FN 6, 14

412) aaO. S. 219

Deutlicher noch tritt diese Motivation bei den Ausführungen zu § 28 HGB zutage:

> "Wenn der frühere Geschäftsinhaber selbst das Geschäft als Theilhaber weiterbetreibt, so wird selbst bei Annahme einer neuen Firma die Absicht der Parteien kaum jemals auf eine Trennung der alten und der neuen Geschäftsschulden und Forderungen mit Wirkung nach außen gerichtet sein. Eine solche Scheidung würde stets zu Schwierigkeiten und Verwicklungen führen. Das Naturgemäße ist, daß die Gesellschaft im Betriebe des Geschäfts die alten Schulden berichtigt und die früher entstandenen Forderungen einzieht. Die Gläubiger des bisherigen Einzelkaufmanns dürfen voraussetzen, daß sie sich an das Gesellschaftsvermögen halten können." [413]

Die DENKSCHRIFT betont hier in wünschenswerter Klarheit den bereits von HEINSEN [414] herausgearbeiteten Gleichlauf der Interessen von Veräußerungsparteien und Geschäftspartnern [415] und nimmt ihn zum Anlaß der gesetzlichen Regelung. Den so als ökonomisch sinnvoll erkannten Ablauf einer Geschäftsübernahme durch die Vorgabe eines rechtlichen Rahmens zu sichern, war das Ziel der Gesetzesverfasser. Sie schufen in den §§ 25, 28 HGB ein flexibles Aktionsmodell, das die Unternehmensbindung von Forderungen und Verbindlichkeiten vor unreflektierten Abspaltungen sichern sollte.

Sieht man beide Vorschriften solchermaßen in einem engen sachlichen Kontext, dann drängt sich die Frage nach dem Sinn der unterschiedlichen Ausgestaltung - Firmenfortführung in § 25 I HGB; Verzicht darauf wie auf eine dem § 25 III HGB entsprechende Regelung bei § 28 HGB - auf. Auch in diesem Punkte wurde dem Gesetz heftige Kritik zuteil. [416]

---

413) aaO. S. 221

414) Nachweis bei FN 352

415) s.o. bei FN 357 - 364

416) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 187; FISCHER in LM Nr. 3 zu § 28 HGB; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 150 FN 125; K. LEHMANN AcP 86 (1896), 289, 305

Von der hier vertretenen Auffassung der §§ 25, 28 HGB aus lassen sich die Differenzen in den tatbestandlichen Voraussetzungen dagegen befriedigend erklären.

Im Falle des Teilerwerbs ist die Annahme einer neuen Firma durch die fortführende Gesellschaft sinnvoller als die Beibehaltung der alten. Nur dadurch kann eine Verstärkung der Kreditwürdigkeit und anderer verkehrsrelevanter Unternehmensmerkmale, die mit dem Eintritt eines Teilhabers einhergehen können, in das Licht der Öffentlichkeit gerückt werden. Die Zufügung eines Rechtsformzusatzes, die die alte Firma im Kern unverändert ließe [417], ist nicht informativ genug. Insbesondere dann, wenn ein potenter Partner aufgenommen wird, ist es für das künftige Gedeihen des Handelsgeschäftes vorteilhaft, die Firma neu zu bilden. Andererseits wird - worauf auch die DENKSCHRIFT abstellt [418] - nur in Ausnahmefällen ein Interesse daran bestehen, das Unternehmen von seinen Außenbeziehungen zu trennen und dadurch den Start der Gesellschaft zu belasten. Es sollen ja gerade auf der Basis der bestehenden unternehmerischen Einheit gemeinsam wirtschaftliche Erfolge erzielt werden. Das aber setzt voraus, daß die Funktionsfähigkeit des Handelsgeschäfts nicht negativ beeinflußt, sondern gefördert wird. Die partielle Personenidentität spricht daher für die Kontinuität der Geschäftstradition und die gesetzliche Überleitung der Forderungen und Verbindlichkeiten auf die Gesellschaft. Die personelle Komponente des Teilerwerbs zwingt dazu, ähnlich den Fällen, in denen ein Kaufmann ohne Veräußerung des Unternehmens die Firma wechselt, auf die Firmenkontinuität zu verzichten. Gerade hier bedarf der Gleichlauf der juristischen und wirtschaftlichen Zuordnung der Geschäftsbeziehungen einer Sicherung vor Störungen aus der Sphäre des Übertragungsaktes. Daß die Person des Veräußerers u. U. - etwa durch Einräumung einer Kommanditistenstellung - nach der Transaktion nicht mehr nach außen in Er-

---

417) BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 2 E

418) vgl. das Zitat bei FN 413

scheinung tritt, wirkt sich nur für die ausschließlich mit der personellen Kontinuität argumentierende Rechtsscheintheorie [419] störend aus. Nach dem hier befürworteten Ansatz kommt es dem Gesetz allein darauf an, ob der Fortbestand der Geschäftsbeziehungen ökonomisch sinnvoll ist. Das aber ist beim Teilerwerb zu bejahen.

Beim Vollerwerb stellt sich das Problem in völlig anderer Weise. Der Einschnitt in die Geschichte des Unternehmens ist sehr viel tiefer; die von den Parteien einvernehmlich getroffenen Dispositionen sind nicht mit gleicher Sicherheit vorherzusagen. Lediglich für den Fall der Firmenfortführung gilt etwas anderes. Der Erwerber bringt hier zum Ausdruck, daß er auf dem vom Veräußerer Erreichten aufbauen will. Das kann er sinnvoller Weise nur tun, wenn ihm die Geschäftsbeziehungen zufallen. Exakt diese Rechtsfolge ordnet § 25 I HGB an. Das geschieht aber nicht deshalb, weil mit der Firma eine Erklärung abgegeben würde, sondern weil die Fortführung einen Fingerzeig auf den mit der Transaktion bezweckten Erfolg gibt, der im Interesse der Parteien wie der Allgemeinheit auf gesetzlichem Wege abzusichern ist.

Bei der Annahme einer neuen Firma sind Reibungsverluste aus der Sphäre der Gläubiger und Schuldner nicht zu befürchten. Soweit sie in ihren Realisierungschancen getroffen werden, sind sie - wie oben dargelegt [420] - nicht schutzwürdig. Auch auf der Seite des Erwerbers deutet nichts auf eine Kollision zwischen wirtschaftlicher und juristischer Zuordnung der Geschäftsbeziehungen hin, da auf den good will ausdrücklich verzichtet wird. Abweichenden Konstellationen, in denen dem Erwerber trotz Firmenwechsels am Erhalt der Geschäftsbeziehungen gelegen ist, trägt das Gesetz in § 25 III HGB Rechnung. [421] Diese Vorschrift, über die sich die Rechtsfolgen des § 25 I 1, 2 HGB allerdings nur

---

419) Nachweise bei FN 69

420) s.o. S. 51

421) dazu eingehend auf S. 194 ff.

partiell erzielen lassen [422], stellt, soweit sie an eine handelsübliche Bekanntmachung anknüpft, eine Korrekturmöglichkeit für diejenigen Fälle dar, in denen sich § 25 I HGB als zu eng erweist. Der Verzicht auf die Firmenfortführung in § 28 HGB macht eine entsprechende Norm dort überflüssig.

---

422) Zur Unzulässigkeit einer Korrektur s. S. 197 f.

2. Teil

Ausgewählte Probleme der unmittelbaren Anwendung der §§ 25, 28 HGB

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß die §§ 25, 28 HGB Reibungsverluste im Gefolge von Unternehmensveräußerungen durch die Ausschaltung von Faktoren, die sich auf den Mechanismus gegenseitiger Austauschbeziehungen in der arbeitsteiligen Wirtschaft negativ auswirken, vermeiden sollen. Im Bereich der unmittelbaren Anwendung ergeben sich von dieser Basis aus keine Lösungen, die nicht von den überkommenen Theorien bereits vorgezeichnet wären.

§ 6 - Der sachliche Anwendungsbereich der §§ 25, 28 HGB

Die Frage nach der Abgrenzung der unter die §§ 25, 28 HGB fallenden Erwerbsgeschäfte läßt sich mit hinreichender Genauigkeit beantworten. Das Gesetz spricht in diesem Punkt eine deutliche Sprache. Das Moment der Fortführung durch den Erwerber bzw. des Eintritts eines Teilhabers macht klar, daß das übernommene Handelsgeschäft auch nach dem Inhaberwechsel noch existieren muß. Es reicht nicht aus, wenn der Erwerber unter Verwendung übertragener Vermögensstücke allein oder im Verein mit dem Veräußerer ein neues, selbständiges Geschäft betreibt. Die vom früheren (Allein-)Inhaber geschaffene Wirtschaftseinheit muß als solche noch erkennbar sein, mag sie im Gefolge der Transaktion auch Änderungen erleiden. Tiefgreifende, die Identität der wertschöpfenden unternehmerischen Organisation beeinträchtigende Eingriffe schließen daher die Anwendbarkeit der §§ 25, 28 HGB aus.

Aus der Ratio heraus ist diese Anforderung völlig zwanglos zu erklären. Allein wenn und soweit das Handelsgeschäft nach dem Übergang noch als solches besteht und auf den angestammten Märkten tätig wird, kann es zu dem Konflikt kommen, den die §§ 25, 28 HGB verhindern wollen. Geht die unternehmerische Organisation unter oder unverändert sie sich bis zur Unkenntlichkeit, dann drohen bei der Abwicklung der schwebenden Rechtsverhältnisse keine Schwierigkeiten der oben [423)] geschilderten Art. Da es

423) s.o. S. 43 ff.

nicht als Erwerbsgelegenheit übertragen wird, braucht der Bindung zwischen dem Handelsgeschäft und seinen Außenbeziehungen nicht Rechnung getragen werden. In der Person der Gläubiger bzw. Schuldner verwirklicht sich lediglich das normale Risiko einer Störung der gegenseitigen Vertragsbeziehungen durch einen Umstand aus der Sphäre der anderen Partei.

Die §§ 25, 28 HGB verlangen daher eine Kontinuität des Handelsgeschäftes, bei der der Übergang der Außenbeziehungen ökonomisch sinnvoll ist. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn es nach der Entscheidung des Übernehmenden zukünftig die gleiche Position im Gefüge der arbeitsteiligen Gesamtwirtschaft einnehmen soll, m. a. W., wenn der Geschäftsgegenstand im wesentlichen unverändert bleibt. [424] Daß sämtliche Vermögensgegenstände übergehen, ist dabei nicht erforderlich. [425]

Ohne Belang ist auch, ob das Unternehmen im Augenblick der Transaktion tätig ist. Solange es nicht endgültig eingestellt und aller zu seinem Funktionieren bestimmten Teile beraubt wurde [426], bleibt die Konfliktsituation der §§ 25, 28 HGB denkbar, so daß diese Vorschriften anwendbar sind. [427]

424) RG v. 28. 9. 1906, RGZ 64, 129 ff.
RG v. 11. 5. 1942, RGZ 169, 133, 136
BGH v. 26. 5. 1972, NJW 1972, 2132 = BB 1973, 211 (zu §§ 23 HGB, 8 WZG)
LG HAMBURG v. 15. 6. 1971, MDR 1971, 929
WÜRDINGER § 25 Anm. 5 ff.; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 2 D

425) Deswegen ist es für § 28 HGB unerheblich, ob gesamthänderisch gebundenes Eigentum am Unternehmen gebildet wird. Vgl. WÜRDINGER § 28 Anm. 1, 3; a.A. LIEB, Fschr. WESTERMANN, S. 309, 310 FN 10, weil keine Verschlechterung der Zugriffsmöglichkeit bewirkt werde. - Aus seinem kombinierten Rechtsschein- und Vermögensübernahmeprinzip heraus will SCHRICKER ZGR 1973, 121, 152 mit FN 127 auf den Erwerb des wesentlichen Vermögens abstellen.

426) Zum Begriff des bloß ruhenden Unternehmens vgl.
BGH v. 15. 6. 1956, BGHZ 21, 66 ff.
BAUMBACH-DUDEN Einführung zu Buch I, Anm. 7 D

427) so auch BGH v. 14. 6. 1961, LM Nr. 4 zu § 28 HGB
BGH v. 30. 6. 1955, BB 1955, 877

Lediglich Neugründungen fallen damit aus ihrem Anwendungsbereich heraus. Dies gilt jedoch nur, wenn sie nach außen als solche erkennbar sind. Es hieße die Intentionen des Gesetzes verkennen, wollte man dem Erwerber die Behauptung gestatten, sein Unternehmen sei eine Neugründung, obwohl er sich in gleicher Weise am Markt betätigt wie sein Vorgänger. [428]

Der Erwerb von Teilen eines Handelsgeschäfts zieht die Anwendung der §§ 25, 28 HGB nach sich, wenn ihnen eine gewisse organisatorische Selbständigkeit zuerkannt werden kann. [429] Andernfalls fehlt es am Zusammenhang zwischen dem Übernommenen und den Forderungen und Verbindlichkeiten. Der Erwerb eines unselbständigen Geschäftszweiges, der erst vom Übernehmer zum Handelsgeschäft ausgebaut wird, genügt nicht. [430] Dagegen dürfte eine Zweigniederlassung regelmäßig ausreichen. [431]

Ob die Übernahme von Dauer ist oder nur für eine bestimmte Zeit

---

428) WÜRDINGER § 25 Anm. 10. Sein Schluß, nicht einmal die wirkliche Fortführung des Unternehmens sei unerläßliche Voraussetzung des § 25 HGB, ist zumindest irreführend. Unternehmensfortführung muß ja nicht die weitere Benutzung der sachlichen Betriebsmittel des Veräußerers bedeuten. Wer unter der alten Firma im Geschäftsverkehr auftritt, setzt das Geschäft fort. Daß er wegen der Trennung schließlich doch nicht zur Firmenführung berechtigt ist, steht auf einem anderen Blatt. Die Rechtmäßigkeit der Firmenfortführung wurde zu Recht niemals als Tatbestandsmerkmal des § 25 HGB aufgefaßt. Die Konfliktsituation des § 25 HGB ist in diesen Fällen mindestens zugunsten des Verkehrs gegeben.
Vgl. zu den §§ 23 HGB, 8 WZG und ihren Anforderungen an den Geschäftserwerb BGH v. 26. 5. 1972, NJW 1972, 2132 = BB 1973, 211

429) RG v. 11. 5. 1942, RGZ 169, 133, 139
ausführlich WÜRDINGER § 25 Anm. 7 sowie BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 2 D; SCHRICKER ZGR 1972, 121, 153

430) WÜRDINGER aaO.

431) WÜRDINGER, BAUMBACH-DUDEN, SCHRICKER aaO.

erfolgt, ist ohne Bedeutung. [432] Weder der Wortlaut noch der Sinn des Gesetzes geben einen Anhaltspunkt für eine entsprechende Differenzierung. Die abweichende Ansicht SCHRICKERs geht auf die Vermögensübernahmekomponente seines zweigliedrigen Haftungstatbestandes zurück. [433]

Schließlich bestehen auch keine Bedenken, die §§ 25, 28 HGB mit der herrschenden Meinung beim Rückerwerb durch den Veräußerer eingreifen zu lassen. [434]

§ 7 - Mängel des Übertragungsaktes

Der Fall des unwirksamen Geschäftserwerbs bereitet von der hier vertretenen Deutung der §§ 25, 28 HGB aus keine Schwierigkeiten. Unter dem Aspekt des störungsfreien Ablaufs der gesamtwirtschaftlichen Austauschbeziehungen müssen Umstände aus dem Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, die zur Unbeständigkeit des Erwerbs führen, ohne Folge bleiben. [435] Dabei spielt es keine Rolle, ob allein das Verpflichtungsgeschäft oder das Verfügungsgeschäft oder beide zugleich betroffen sind. Eine Berücksichtigung würde erneut Unsicherheit in den Verkehr der Handelsgeschäfte untereinander tragen bzw. die Handelbar-

---

432) RG v. 6. 10. 1931, RGZ 133, 318, 322 f.
RG v. 11. 10. 1935, RGZ 149, 25, 27
OLG DRESDEN v. 16. 4. 1919, Recht 1920 Nr. 1989
OLG FRANKFURT A.M. v. 28. 6. 1972, OLGZ 1973, 20, 23
WÜRDINGER § 25 Anm. 31; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 5; PISKO Ehrenbergs Handbuch, S. 251
Einen Erwerb kraft Auseinandersetzungsvertrages behandelt RG RG v. 11. 10. 1935 aaO.

433) ZGR 1972, 121, 153 FN 128

434) RG v. 21. 7. 1936, RGZ 152, 75, 77
BGH v. 22. 11. 1971, BB 1972, 895
OLG DÜSSELDORF v. 8. 5. 1962, BB 1963, 58

435) Die rhetorische Frage von CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 186, kann damit als beantwortet gelten.

keit von Unternehmungen beeinträchtigen und damit den Intentionen des Gesetzes zuwiderlaufen. Die §§ 25, 28 HGB schließen daher Einwendungen aus der Sphäre der Veräußerungsparteien aus. Abweichendes gilt nur in den Fällen, in denen das Prinzip des Geschäftsunfähigenschutzes verletzt würde.

Im Fall des § 28 HGB bewahrt das Institut der fehlerhaft-wirksamen Gesellschaft [436] die Geschäftspartner vor der Berufung auf Mängel des Gesellschaftsvertrages. Da die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen nur für die Zukunft möglich ist, greifen die Rechtsfolgen des § 28 HGB ein. [437]

Im Ergebnis entspricht der Einwendungsausschluß der herrschenden Meinung. [438] Die vereinzelt geäußerte Ansicht, die Kenntnis oder gar das Kennenmüssen eines Anfechtungsgrundes hindere den Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten [439], ist abzulehnen. Sie zieht zwangsläufig Unsicherheiten im Geschäftsverkehr nach sich. [440]

---

436) dazu allgemein FISCHER § 105 Anm. 74 ff.; BAUMBACH-DUDEN § 105 Anm. 8 m.w.N.

437) RG v. 12. 7. 1911, RGZ 76, 439, 441
RG v. 13. 10. 1933, RG JW 1934, 224
BGH v. 22. 11. 1971, BB 1972, 895
KG v. 21. 5. 1910, OLGRspr. 21, 375, 377
WÜRDINGER § 28, Anm. 4; BAUMBACH-DUDEN § 28 Anm. 1 B; GERLACH S. 59; MANN JW 1931, 3062 f.; a.A. LARENZ JW 1934, 224 ff.

438) vgl. neben den Nachweisen in FN 437 zu § 25 HGB:
RG v. 29. 9. 1931, HRR 1932 Nr. 256
RG v. 11. 10. 1935, RGZ 149, 25, 28
BGH v. 13. 10. 1955, BGHZ 18, 248, 250
OLG SAARBRÜCKEN v. 9. 3. 1951, JZ 1952, 35 ff.
OLG DÜSSELDORF v. 8. 5. 1962, BB 1963, 58
OLG NÜRNBERG v. 18. 3. 1969, BB 1970, 1193
STAUB-BONDI § 25 Anm. 10; WÜRDINGER § 25 Anm. 8; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 6; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 2 C; GERLACH S. 47; MORISSE S. 48, 61;
a.A. LG BERLIN v. 22. 8. 1938, JW 1938, 2832
RITTER § 25 Anm. 3; CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 186 f.; HELLWIG S. 403 FN 842; FRIEDRICH S. 22

439) RG v. 12. 7. 1911 und v. 29. 9. 1931 aaO.;
OLG SAARBRÜCKEN aaO.
zweifelnd GERLACH S. 48 mit FN 235
WÜRDINGER § 25 Anm. 13 läßt die Unwirksamkeit nur bei Kenntnis des Dritten durchgreifen.

440) Es ist ja keineswegs sicher, daß die Anfechtung tatsächlich erfolgt.

SCHRICKERs Lösung, die Wirksamkeit des dinglichen Erwerbs entscheiden zu lassen [441], ist aus seiner Kombination von Rechtsschein- und Vermögensübernahmetheorie erklärlich, steht aber in Widerspruch zu den Intentionen des Gesetzes. Das gleiche gilt für HECKELMANN, der bei unwirksamem Kausal- oder Erfüllungsgeschäft auf ein angeblich in § 25 I HGB als "Mindesthaftungsprinzip" mitenthaltenes "Vermögenshaftungsprinzip" zurückgreift und eine Haftung des Erwerbers mit dem Übernommenen befürwortet. [442]

§ 8 - Die §§ 25, 28 HGB als gesetzliche Vertragsübernahme

Nach dem bisher Gesagten erscheinen die §§ 25 ff. HGB als durchaus realitätsnahe, plausible Antwort auf die mit einer Geschäftsveräußerung aufgeworfenen Probleme. Bei der Auswahl der Rechtsfolgen allerdings hat der Gesetzgeber keine glückliche Hand gehabt. Nimmt man beide Vorschriften wörtlich, dann bleiben die in §§ 25 I, 28 I HGB getroffenen Anordnungen weit hinter dem von Sinn und Zweck Gebotenen zurück.

Deliktisch oder bereicherungsrechtlich begründete Schuldverhältnisse werfen keine besonderen Probleme auf. [443] Schwierigkeiten bereitet hingegen die Erfassung von Vertragsbeziehungen.

I. Die Notwendigkeit eines Parteiwechsels in unternehmensbezogenen Schuldverhältnissen

Nach heute allgemein vertretener Meinung läßt sich ein Schuld-

---

441) ZGR 1972, 121, 154

442) Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, S. 129, 147

443) insoweit ist eine kumulative Schuldübernahme des Erwerbers bzw. der Gesellschaft völlig ausreichend.

verhältnis nicht erschöpfend in wechselseitige Forderungsrechte zergliedern. [444] Zu den Rechten und Pflichten tritt das schuldrechtliche Band zwischen den Parteien [445], in dem sie ihren Ursprung haben. Das Zusammenwirken privatautonomer und gesetzlich vorgegebener Gestaltungsfaktoren schafft eine Einheit von "Rechten, Pflichten und Lagen" [446], die der Erreichung des intendierten Zieles dienen soll. Damit treten diejenigen Momente ins Blickfeld, die sich auf das Vertragsverhältnis als Ganzes beziehen. Darunter fallen Gestaltungsrechte wie Anfechtungs-, Rücktritts- oder Kündigungsrechte sowie tatsächliche Gegebenheiten, die dem Schuldverhältnis ein spezifisches Gepräge geben. Ihnen ist gemeinsam, daß sie im Gegensatz zu den Gestaltungsrechten, die unmittelbar auf den Inhalt der jeweiligen Leistungsverpflichtung einwirken, bei einer Abtretung nicht auf den Zessionar übergehen, sondern dem Zedenten verbleiben. [447] Ebensowenig machen sie den Subjektwechsel bei der Schuldübernahme mit.

Auf den Fall der Unternehmensveräußerung bezogen hat das zur Folge, daß die Frage nach dem Schicksal der Forderungen und Verbindlichkeiten, mit deren Beantwortung das Gesetz auszukommen meint, viel zu eng gestellt ist. Ohne die Einbeziehung des-

---

444) vgl. nur BGH v. 11. 11. 1953, BGHZ 10, 391, 395 sowie STAUDINGER-WEBER Einleitung zum Recht der Schuldverhältnisse C 1 ff.; SOERGEL-SIEBERT-REIMER SCHMIDT vor § 241 Anm. 3 f.; PALANDT-HEINRICHS vor § 241 Anm. 1 a Grundlegend V. TUHR Bd. 1 S. 125 ff.

445) im folgenden als Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezeichnet.

446) FABRICIUS JZ 1967, 144, 145 r. Sp. - Der Sprachgebrauch ist in diesem Punkt von blumenreicher Vielfalt. Die Bezeichnungen für das Schuldverhältnis im weiteren Sinne reichen von "Quelle" (PUCHTA S. 420) und "Organismus" (PLANCK-SIBER Vorbem. I 1 zu § 241) bis zum "Ursprungsverhältnis" (E. WOLFF Fschr. HERRFAHRDT, S. 197, 200). Weitere Formulierungen finden sich bei PIEPER S. 144 ff. und KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 185 FN 57.

447) LARENZ, SchR I, S. 482; ESSER-SCHMIDT S. 265 f.; PIEPER S. 166 f. m.w.N. in FN 34, 36, 40; COESTER MDR 1974, 803, 805

sen, was FABRICIUS als "Lagen" bezeichnet [448], ist die Unternehmensbindung unvollkommen.

Wenn der Veräußerer Vertragspartner bleibt, obwohl sein Unternehmen von einer anderen Person oder einer Handelsgesellschaft fortgeführt werden soll, dann ist er gezwungen, sich weiterhin mit der Abwicklung von Vertragsverhältnissen zu befassen, die für ihn sinnlos geworden sind. Der Erwerber, der sich ja durch die Übernahme den good will des Vorgängers sichern wollte, ist zwar vor der Vernichtung abgetretener Forderungen durch die Ausübung von Gestaltungsrechten seitens des Veräußerers geschützt [449], steht aber vor der mißlichen Situation, sie nicht selbst ausüben zu können und, falls der Gegner sie geltend machen will, diesen an seinen Vorgänger verweisen zu müssen. Je vielfältiger die Geschäftsbeziehungen sind, desto größer wird die Gefahr, daß im Gefolge des Übergangs Reibungsverluste auftreten.

Um das zu vermeiden, ist es notwendig, nicht mehr nur von einer Unternehmensbindung der Forderungen und Verbindlichkeiten aus-

---

448) aaO.
Zur Frage, ob ein etwaiges Anfechtungsrecht mit der Vertragsübernahme auf die neue Partei übergeht (ablehnend PIEPER S. 212; zweifelnd ESSER-SCHMIDT S. 268) und wie es auszuüben ist, vgl. die eingehende Untersuchung von COESTER MDR 1974, 803 ff.. Danach ist, falls keine Bestätigung nach § 144 BGB seitens des Ausscheidenden nachweisbar ist, bei privativer Vertragsübernahme wie bei Forthaftung des Ausscheidenden allein der Übernehmer zur Anfechtung berechtigt. Dem kann unter dem Aspekt der Unternehmensveräußerung nur zugestimmt werden. Eine gegenseitige Bindung von Veräußerer und Erwerber bzw. die Verdoppelung des Anfechtungsrechts (Nachweise bei COESTER aaO. S. 805 FN 25, 26) werden den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Allein die völlige Lösung vom Veräußerer setzt den Erwerber in die von beiden Seiten angestrebte Lage, das Unternehmen fortzuführen. Daß "das Anfechtungsrecht in seinen Voraussetzungen eng mit der Person des Partners, der den anfechtbaren Vertrag geschlossen hat, verknüpft ist" (so PIEPER aaO.), ist unbestreitbar. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß damit das gesamte Rechtsverhältnis den Keim der Auflösung in sich birgt. Diese Bindung ist erheblich enger und verlangt Berücksichtigung.

449) FLUME, Rechtsgeschäft, S. 561; PIEPER S. 167, 88 m.w.N. in FN 18
Zur Rechtslage beim Vertrag zugunsten Dritter vgl. LANGE NJW 1965, 657, 661 m.w.N. in FN 47

zugehen, sondern den Übergang sämtlicher zur Zeit der Transaktion nicht abgewickelter Rechtsverhältnisse ins Auge zu fassen. Es gilt daher zu untersuchen, ob die §§ 25 I, 28 I HGB auf eine Vertragsübernahme gerichtet sind. [450]

Nach bis vor kurzem unangefochtener Ansicht [451] ist das nicht der Fall. KREJCI [452] und BÖRNER [453] haben hier neue Wege zum Verständnis der §§ 25 ff. HGB geöffnet. Beide entnehmen von unterschiedlichen Ausgangspunkten her und mit verschiedenen Methoden dem § 25 I HGB die Anordnung eines vollständigen Parteiwechsels in unternehmensbezogenen Schuldverhältnissen. Ein mehr beiläufiger Hinweis in diese Richtung findet sich bereits bei FICKER. [454] Eine Ausdeutung des § 28 I HGB im Sinne einer Vertragsübernahme fehlt bislang. KREJCI weist gegen Ende seiner

---

450) Ein Vertragsbeitritt - dazu allgemein LARENZ, SchR I, S. 485; ESSER-SCHMIDT S. 268 f.; PIEPER S. 217 ff. jew. m.w.N. - scheidet sowohl bei § 25 HGB als auch bei § 28 HGB aus, weil sich der frühere (Allein-)Inhaber der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse völlig zugunsten des Erwerbers bzw. der Gesellschaft entledigen will.

451) In der speziell den §§ 25 ff. HGB gewidmeten Literatur finden sich jedenfalls keine in diese Richtung gehenden Erwägungen. Es wird stets und ausschließlich von Haftung und - fingiertem - Forderungsübergang gesprochen. Gegen eine Auslegung des § 25 HGB als gesetzliche Vertragsübernahme wenden sich PIEPER S. 193 unter Hinweis auf die Privatautonomie und DEMELIUS Ih.Jb. Bd. 72 (1922), 241, 287, weil die Vorschrift nur von "Haftung" spreche. In der Rechtsprechung findet sich nur eine einzige entsprechende Entscheidung. Unter dem 20. 4. 1965 wies das AG MÜNCHEN, VersR 1965, 705 f., die Klage einer Rechtsschutzversicherung ab, die mit Hilfe des § 25 HGB das Kündigungsrecht des Erwerbers aus § 70 VVG überspielen wollte. Im Ergebnis ist dem Urteil zuzustimmen, weil den Normen des VVG als spezialgesetzlichen Regelungen für eine bestimmte Art von Vertragsverhältnissen gegenüber der allgemeinen Anordnung des Vertragsübergangs in § 25 HGB Vorrang zukommt.

452) Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis S. 212 ff. ÖJZ 1975, 449, 458 f.

453) in Fschr. MÖHRING (1975), S. 37 ff.

454) AcP 165 (1965), 32, 34

Ausführungen lediglich darauf hin, daß das von ihm für den Fall des Vollerwerbs gefundene Ergebnis einer Ausdehnung auf vergleichbare Unternehmensveräußerungen - wobei er zu Recht auf das Erfordernis der Firmenkontinuität verzichten zu können glaubt - fähig ist, ohne aber klar zu sagen, ob er dabei den Teilerwerb nach § 28 I HGB oder das Analogieproblem im Auge hat. [455]

Der herrschenden Meinung ist durchaus zuzugeben, daß der Wortlaut der §§ 25 I, 28 I HGB nicht mehr als den Übergang der wechselseitigen Leistungsrechte hergibt. Das will allerdings nicht viel besagen. Der Gesetzgeber geht naturgemäß damals wie heute vom Sprachgebrauch seiner Zeit aus. Der Gebrauch des juristischen Fachvokabulars spiegelt den Entwicklungsstand der Dogmatik zur Zeit der Normierung wider, ist also auch nur von dieser Warte aus zu verstehen. Bei der Auslegung gilt es daher, spätere Erweiterungen oder Verengungen des jeweiligen Wortsinnes zu eliminieren. [456]

Diesen Umstand darf man auch bei der Erfassung der §§ 25, 28 HGB nicht außer acht lassen. Wiewohl bereits vor dem BGB vereinzelt angeklungen, konnte sich der Gedanke vom Schuldverhältnis im weiteren Sinne erst nach 1900 durchsetzen. [457] Von daher erscheint die Argumentation mit dem Wortlaut zwar nicht a priori verfehlt, aber doch zweifelhaft. Daß der Schluß aus der Formulierung der §§ 571, 581 II, 1251 II 1 BGB, 69 VVG, die eindeutig auf eine Vertragsübernahme gerichtet sind, nicht zwingend ist, bedarf keiner Ausführungen. Mehr als ein vager Anhaltspunkt ist hier nicht zu gewinnen.

Wir müssen uns daher in Verfolg unseres Themas etwas eingehen-

---

455) ÖJZ 1975, 449, 459 - Bei der Erweiterung des § 25 I HGB im Wege der Einzelanalogie kann allerdings auf die Firmenfortführung nicht verzichtet werden, dazu eingehend u.S. 194 ff.

456) LARENZ, Methodenlehre, S. 310

457) zu den Vorläufern aus der Zeit vor dem BGB vgl. PIEPER S. 31 ff.

der mit Zulässigkeit und Konstruktion der Vertragsübernahme befassen, um anschließend Folgerungen für das Verständnis des Rechtsfolgensystems der §§ 25, 28 HGB ziehen zu können.

II. Die Vertragsübernahme nach bürgerlichem Recht

Die engen Zusammenhänge zwischen dem Problem des Parteiwechsels und dem Begriff des Schuldverhältnisses wurden bereits angedeutet. Der Gesetzgeber des BGB meinte, auf eine exakte Definition verzichten zu können. [458] Letzten Endes war diese Abstinenz aber nicht durchzuhalten. Wenn überhaupt ein Schuldrecht erarbeitet werden sollte, mußte ihm eine bestimmte Konzeption zugrundegelegt werden, um zu sinnvollen Bezügen zu kommen. Dies wiederum setzt eine gewisse begriffliche Fixierung voraus. Die Verfasser des BGB waren sich dieses Zwanges auch bewußt, als sie in den Motiven ausführten,soweit eine Begriffsbestimmung notwendig sei, müsse sich die Auffassung des Entwurfs aus den Vorschriften ergeben. [459]

Die Haltung des Gesetzgebers hatte weniger für die Frage nach der Zulässigkeit des Subjektwechsels im Schuldverhältnis als vielmehr für die Diskussion um die adäquate Konstruktion schwerwiegende Folgen. Sie wird bis auf den heutigen Tag durch ein Schwanken zwischen der Treue zum Gesetz mit der ihm eigenen Aktstypik, die allenfalls aus sich heraus ergänzt werden darf, und seiner Weiterentwicklung im Sinne evolutiver Entfaltung der in ihm angelegten Möglichkeiten gekennzeichnet. Typisch dafür ist HÖLDER, der ausgehend von der Substitutionsbefugnis des § 664 I BGB [460] zwar den vollständigen Subjektwechsel auch bei anderen Schuldverhältnissen zulassen will, aber strikt die Einhaltung der tatbestandlichen Erfordernisse der §§ 398 ff.,

---

458) Mot. II S. 2

459) aaO.

460) darauf hatte vor ihm bereits SCHEY, zitiert bei PIEPER S. 34 FN 15 abgestellt.

414 f. BGB verlangt. [461] Auf dem Boden des BGB entwickelte sich die Zerlegungstheorie [462], die in der Tradition der Lehre von der Obligation [463] die Vertragsübernahme streng am Gesetz orientiert als Kombination von Abtretung und Schuldübernahme auffaßt. Wer mit der begrifflichen Offenheit der Motive operierte, stellte neben das BGB einen auf einheitliche Verfügung über die Parteistellung im Schuldverhältnis gerichteten rechtsgeschäftlichen Aktstypus.

Der zerlegungstheoretische Ansatz kann heute als überwunden gelten. Ausgehend vom Verständnis des Schuldverhältnisses als funktioneller Einheit nimmt man allgemein an, daß es möglich ist, durch ein einheitliches Rechtsgeschäft eine Partei des ansonsten unveränderten Vertragsverhältnisses durch einen Nachfolger zu ersetzen. [464] Die dagegen vorgebrachten Einwände sind allesamt nicht stichhaltig.

Zur Zweifelhaftigkeit der Argumentation mit dem Wortlaut der

---

461) Recht 1908, Sp. 469 ff. - Die Einordnung als Vertreter der Einheitstheorie bei PIEPER S. 34 ist mehr als problematisch. Die zerlegungstheoretischen Momente seiner Auffassung sind kaum zu übersehen. Auch ENNECCERUS nimmt in der 6. Auflage seines Lehrbuchs des Schuldrechts, Bd. 1.2.1., 1912, S. 220 HÖLDER für die Zerlegungstheorie in Anspruch.

462) STAUDINGER-NIPPERDEY § 613 Anm. 18; O.V. GIERKE, DPrivatR Bd. 3 S. 185; ENNECCERUS-LEHMANN S. 312; LANZ, passim; DEMELIUS Ih. Jb. Bd. 72 (1922), 241 ff. ("Auflösungstheorie") vgl. PIEPER S. 39 ff. m.w.N. und KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 179 f.

463) dazu ausführlich PIEPER S. 137 ff.

464) BGH v. 8. 11. 1965, BGHZ 44, 229 ff.
BGH v. 28. 10. 1957, MDR 1958, 90
V. TUHR Bd. 1 S. 220 f.; LARENZ, SchR I, S. 482 ff.; ESSER-SCHMIDT S. 266 f.; KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 182; ders., ÖJZ 1975, 449, 451 m.w.N. in FN 21; PIEPER S. 176 ff., 184 ff.; FRÜH S. 78 ff.; THIELE S. 227; SIBER Ih. Jb. Bd. 70 (1920), 223 ff.; BRECHER AcP 163 (1964), 519, 524; FICKER AcP 165 (1965), 32 ff.; FABRICIUS JZ 1967, 144 ff.; COESTER MDR 1974, 803 ff.

§§ 571 BGB, 69 VVG, wie sie sich besonders akzentuiert bei DEMELIUS findet [465], wurde oben Stellung genommen. Der Umkehrschluß, den SCHOLLMEYER [466] aus der Existenz der §§ 571, 1251 II BGB auf die Unzulässigkeit weiterer Fälle des Parteiwechsels ziehen zu können glaubt, ist nicht gerechtfertigt, weil sich aus einer Normierung für bestimmte Rechtsverhältnisse nicht zwingend das Verbot einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Gestaltung ergibt. [467] Sehr viel gewichtiger ist die Frage, ob ein vollständiger Subjektswechsel sich noch im Bereich der Vertragsfreiheit bewegt. DEMELIUS verneint das entschieden. [468] Verfügungen über Schuldverhältnisse unterliegen seiner Ansicht nach mit Ausnahme der in § 305 BGB erwähnten Inhaltsänderung nicht der Vertragsfreiheit, so daß man für die Vertragsübernahme ausschließlich auf die §§ 398 ff., 414 f. BGB angewiesen sei. Ein vom Gesetz nicht zugelassenes Rechtsgeschäft könne auch nicht über eine Analogie legitimiert werden. Im Sinne eines Typenzwangs schuldrechtlicher Verfügungsgeschäfte hatte sich schon vorher SIBER [469] ausgesprochen, der aber, um auch vertragsbezogene Gestaltungsrechte erfassen zu können, über eine Analogie zu den §§ 398 ff., 414 f., 305 BGB dann doch zur Zulässigkeit der einheitstheoretischen Vertragsübernahmekonzeption kommt. [470] Die Prämisse von SIBER und DEMELIUS ist unzutreffend. Abgesehen davon, daß es gute Gründe gibt, auch die Person des Vertragspartners zum Inhalt des Schuldverhältnisses zu zählen - FABRICIUS [471] weist in diesem

---

465) Ih.Jb. Bd. 72 (1922), 241, 252

466) § 398 Anm. 2

467) ähnlich KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis S. 180 FN 44; PIEPER S. 169 f.

468) aaO. S. 290

469) bei PLANCK, Vorbem. I 2 zu § 241, Vorbem. 1 zu § 398

470) in Ih.Jb. Bd. 70 (1920), 223 ff.

471) JZ 1967, 144, 147 l.Sp.

Zusammenhang auf den Irrtum über die Personenidentität in § 119 I BGB hin -, ist § 305 BGB nicht als abschließende Regelung zu verstehen. Ein Bedürfnis nach einem Typenzwang besteht im Bereich der schuldrechtlichen Verfügungsgeschäfte nicht. [472] Andernfalls wären auch Aufhebung und Novation unzulässig. [473]

Damit steht der einheitstheoretischen Vertragsübernahmekonzeption nichts mehr im Wege. Es fehlt jedoch noch die Verankerung im Gesetz. Die beiden denkbaren Möglichkeiten lassen sich durch eine Gegenüberstellung der Positionen von PIEPER [474] und FABRICIUS [475] verdeutlichen.

PIEPER sieht das BGB trotz der in den Motiven bekundeten begrifflichen Offenheit seiner Verfasser in der Tradition von SAVIGNY und WINDSCHEID. [476] Folgerichtig trägt er die auch von ihm verfochtene Auffassung vom Schuldverhältnis als funktioneller Einheit von außen an das Gesetz heran. [477] Das Institut der Vertragsübernahme bezieht seine Legitimation nicht aus den Normen des Schuldrechts, sondern aus den Interessen und Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise [478], deren auf Kontinuität gerichteter Rechtswille die Identität des übergegangenen Vertragsverhältnisses in der Hand des Übernehmenden

---

472) KREJCI ÖJZ 1975, 449, 451; ders., Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 181 FN 45 m.w.N.

473) vgl. dazu PALANDT-HEINRICHS § 305 Anm. 3, 4

474) Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, 1963, passim

475) Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Rezension von PIEPER, JZ 1967, 144 ff.

476) aaO. S. 137 ff. - Auch LARENZ, SchR I S. 482; KREJCI ÖJZ 1975, 449, 450 f. und SIBER Ih.JB. Bd. 70 (1920), 241, 297 sehen die Motive im PIEPERschen Sinne.

477) aaO. S. 149 ff.; "eine nicht unmittelbar im Gesetz verankerte Konstruktion" (S. 160)

478) aaO. S. 84 ff.

begründet. Das Instrumentarium zur Füllung der Gesetzeslücke findet PIEPER in den §§ 398 ff., 414 f. BGB, deren "immanenter Gedanke zu Ende gedacht, diese selbst also gemäß verfeinerter dogmatischer Einsicht vervollständigt" [479] werden.

FABRICIUS argumentiert auf einer anderen Bahn. Ausgehend von der definitorischen Enthaltsamkeit der Motive interpretiert er das Schuldverhältnis des BGB als übergreifende Einheit. [480] Die Lückenproblematik PIEPERs stellt sich aus dieser Position heraus nicht. Der Parteiwechsel wird zu einem Problem, das durch Auslegung des schuldrechtlichen Normkomplexes zu lösen ist. [481] In Ermangelung einer besser geeigneten Vorschrift und aus dem Bestreben heraus, dem Willen der Parteien als privatautonom gestaltender Kraft Rechnung zu tragen, will FABRICIUS an § 305 BGB anknüpfen. [482]

Dem braucht indessen im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter nachgegangen zu werden. Für uns ist entscheidend, daß beide Ansätze übereinstimmend die Mitwirkung der im Vertrag verbleibenden Drittpartei [483] für unverzichtbar halten. [484] Sie ist mindestens über ein Zustimmungserfordernis [485] am Verfügungsgeschäft zu beteiligen. Das gebietet der Eigenwert, der

---

479) aaO. S. 189 bei FN 29

480) aaO. S. 146 l.Sp.

481) aaO. S. 146 r.Sp. oben

482) aaO. S. 146 r.Sp., S. 147

483) Der von KREJCI eingeführte Begriff "Restpartei" für den im Vertrag Verbleibenden erscheint wenig glücklich und wird daher im folgenden nicht verwandt.

484) PIEPER aaO. S. 191 ff.; FABRICIUS aaO. S. 146

485) Mit der Zustimmung des Dritten begnügt sich die sog. Verfügungstheorie, vgl. KREJCI ÖJZ 1975, 449, 451 m.w.N. in FN 13; ders. Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 187 ff.
Die Vertragstheorie verlangt die Einschaltung des Dritten durch unmittelbare Teilnahme am Verfügungsgeschäft, vgl. BGH v. 29. 10. 1957, MDR 1958, 90; BGH v. 8. 11. 1965, BGHZ 44, 229, 231 f.; ESSER-SCHMIDT S. 266 f.; PIEPER S. 194 ff., 200; THIELE S. 228; FABRICIUS aaO. 147.
Die Fronten zwischen den Konstruktionen verlaufen jedoch nicht scharf. So läßt LARENZ, SchR I, S. 483 beide zu. THIELE S. 227 ff. und PIEPER S. 201 ff. machen Konzessionen an die Verfügungstheorie für den Fall vorher erteilten Einverständnisses.

der Vertragsposition als solcher zukommt. Gerade wenn man das Schuldverhältnis als funktionelle Einheit begreift, aus der nicht nur Leistungsrechte entspringen, kann das Schicksal des vertraglichen Bandes für die daran festhaltende Partei nicht gleichgültig sein. Der weichende Partner, der sich in selbstbestimmter Entscheidung an sie gebunden hat, kann ihr nicht ohne oder gar gegen ihren Willen einen neuen Vertragsgegner offerieren. [486] Da es vornehmlich um das Vertragsinteresse geht, vermag auch eine Forthaftung des Ausscheidenden die Drittparteimitwirkung nicht zu ersetzen. [487]

Für die Veräußerung von Handelsgeschäften hat das die mißliche Konsequenz, daß die ökonomisch sinnvolle [488] Bindung der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse in Frage gestellt wird. Der Erfolg der Transaktion droht an dieser Klippe zu scheitern. Im besten Fall tritt lediglich eine Verzögerung ein, während der über die Zuordnung der bestehenden Geschäftsbeziehungen keine Klarheit herrscht.

III. Die Entbehrlichkeit der Drittparteimitwirkung

Dem ließe sich ausweichen, wenn wir von einer bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erteilten konkludenten Vorauszustimmung ausgehen könnten. Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Konstruktion bestehen nicht. [489] Sie kann aber nur dann in Betracht kommen, wenn beim Abschluß an die Möglichkeit einer Unternehmensveräußerung gedacht wurde. In allen übrigen Fällen läuft man Gefahr, einer Fiktion zu erliegen. Dieser Weg ist

---

486) LARENZ, SchR I, S. 482; ESSER-SCHMIDT S. 267; KREJCI ÖJZ 1975, 449, 451 f.; PIEPER S. 184 ff.

487) so HUECK-NIPPERDEY I S. 512; LANZ S. 26

488) s.o. S. 42 ff.

489) KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 192 f.; PIEPER und THIELE aaO. (bei FN 485)

damit regelmäßig nicht gangbar.

Der Eintritt der von Veräußerer und Erwerber intendierten Rechtsfolge läßt sich mit dem Instrumentarium des allgemeinen Schuldrechts nur unter Schwierigkeiten, die mit der Größe des Geschäfts stetig zunehmen, erreichen.

Das ist die Situation der §§ 25, 28 HGB. Sie machen die Drittparteimitwirkung entbehrlich, um den Fortbestand des auf die Geschäftsbeziehungen angewiesenen Unternehmens nicht zu gefährden.

KREJCI sieht sich - bei seiner Interpretation des § 25 HGB verständlich [490] - außerstande, so weit zu gehen. Seiner Ansicht nach greifen Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses auch im Falle der Geschäftsveräußerung ein. Die Kollision zwischen dem Bedürfnis nach erleichterter Unternehmensbindung der Rechtsverhältnisse und der Privatautonomie der Geschäftspartner will er durch eine - mindestens konkludente - Zustimmung des im Vertrag Verbleibenden aus der Welt schaffen. [491]

KREJCI führt damit ein Tatbestandsmerkmal ein, das den §§ 25, 28 HGB nicht nur nicht bekannt ist, sondern ihnen widerspricht. Denn der Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten, worunter bei einer Auslegung als Vertragsübernahme die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse zu verstehen sind, soll nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes im Moment des Fortführens bzw. des Eintritts stattfinden. Die dahinter stehende Wertung würde unterlaufen, wollte man den Übergang der Vertragsposition an eine zeitlich nachfolgende Zustimmung der im Vertrag verbleibenden Partei knüpfen.

---

490) Er sieht § 25 I HGB als Vereinfachung der Unternehmensbindung an. Die Norm dient damit den Veräußerungsparteien. Deren Interesse allein kann aber nicht die Privatautonomie überspielen. Das Allgemeininteresse an der Störungsfreiheit des Güteraustausches entgeht KREJCI.

491) ÖJZ 1975, 449, 459; Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 220 f.

Diese Wertung ist auch keineswegs unberechtigt. KREJCI weist selbst darauf hin, "daß in vielen Fällen das Interesse der im Vertrag verbleibenden Partei gar nicht so sehr an der Person des Vertragspartners als vielmehr an der Aufrechterhaltung des Austausch- und Leistungsverhältnisses liegt, dessentwegen das Schuldverhältnis begründet wurde", um dann fortzufahren: "ohne Berücksichtigung solcher Interessenlagen durch den Gesetzgeber bleibt der Grundsatz der Abschlußfreiheit Grundlage dafür, daß die im Vertrag verbleibende Partei bei Vertragsübernahme ... des Parteiwechsels im Schuldverhältnis als solchem wegen nicht übergangen werden darf". [492] In diesem Sinne sind die §§ 25, 28 HGB zu verstehen.

Der entscheidende Gesichtspunkt wurde bereits angesprochen, als von der Zusammengehörigkeit des Unternehmens und seiner Forderungen und Verbindlichkeiten die Rede war. [493]

In der arbeitsteiligen Wirtschaft bildet sich zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten ein Geflecht von wechselseitigen Austauschströmen. Dabei setzt die Befriedigung der Nachfrage nach einem bestimmten Gut die Existenz eines Substrats, aus dem heraus die Leistung erbracht werden kann, voraus. Dritte nehmen nur deshalb Kontakte zu einem Kaufmann auf und unterhalten sie über einen längeren Zeitraum hinweg, weil er über eine ganz spezifische unternehmerische Organisation gebietet, die dasjenige Gut anzubieten bzw. nachzufragen in der Lage ist, das die Dritten um setzen wollen. Begibt er sich seiner Erwerbsgelegenheit, dann wird das Austauschinteresse beeinträchtigt, da es aus der Person allein nicht befriedigt werden kann. Seine Geschäftspartner schenken ihm daher von vornherein nur insoweit Vertrauen, als er Inhaber des die Leistung ermöglichenden Wirtschaftssubjektes ist. Seine Person tritt demgegenüber zurück. Das will für den Fall der Unternehmensveräußerung besagen, daß

---

492) ÖJZ 1975, 449, 452 l.Sp. oben

493) s. o. S. 42 ff.

von einer Verletzung schutzbedürftiger Rechtspositionen durch eine Vertragsübernahme ohne Drittparteimitwirkung keine Rede sein kann. Kennzeichen der §§ 25, 28 HGB ist ja gerade die Fortführung des Handelsgeschäftes auf der Basis und im Rahmen des vom früheren (Allein-)Inhaber Geschaffenen. Da somit die Erreichung des intendierten Vertragszwecks nicht gefährdet, sondern sichergestellt wird, ist ein Spannungsverhältnis zwischen der mit der Vertragsübernahme einhergehenden Beeinträchtigung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Geschäftspartner und der Unternehmensbindung der Rechtsverhältnisse nicht ersichtlich. Unter dem ökonomischen Aspekt verliert das Zustimmungserfordernis an Bedeutung.

Natürlich ist es durchaus denkbar, daß dem Geschäftspartner aus Gründen, die in der Person des Erwerbers begründet sind, am Abbruch der Beziehungen gelegen ist. Die Abstraktion vom Parteiwillen im konkreten Falle ist uns jedoch schon wiederholt begegnet. Sie erklärt sich aus dem Bestreben des Gesetzgebers, die Unternehmensveräußerung so komplikationslos wie möglich ablaufen zu lassen. Beide Normen erscheinen damit unter einer neuen Perspektive, die es erlaubt, sie in einen größeren Zusammenhang zu stellen. Sie rücken in enge Nachbarschaft zu einer Reihe von Spezialregelungen, die über den Erwerb des bloßen Anspruchs bzw. der Verpflichtung hinaus die gesamte Rechtsstellung disponibel machen.[494] Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie rechtlicher Reflex eines Zuordnungswechsels sind. Das Objekt, auf das sich das obligatorische Verhältnis bezieht, aus dem heraus es sein spezifisches Gepräge erhält, geht aus der Hand des ursprünglichen Vertragspartners in die eines anderen über. Das Vertragsverhältnis folgt kraft Gesetzes nach.

Die Parallelen zur Unternehmensveräußerung sind offensichtlich: Es droht ein Auseinanderfallen von Leistungsverpflichtung und Leistungsmöglichkeit, weshalb sich der Gesetzgeber zu ordnender Rechtsgestaltung aufgerufen sieht. Sein Ziel ist die Neutrali-

---

494) §§ 571, 613 a, 1252 BGB; 69, 151, 177 VVG; 28 VerlG vgl. ausführlich FICKER AcP 165 (1965), 32 ff.

sierung des Objektübergangs im Sinne eines Gleichlaufs des Vertragsverhältnisses. Auf die Beteiligung des Dritten wird dabei verzichtet. [495] Im Hintergrund steht der Gedanke, daß es entscheidend auf die Befriedigung des Austauschinteresses ankommt. Die Identität des Leistungsgegenstandes wird vom Personenwechsel nicht berührt. Da von Anbeginn an das Leistungsinteresse im Zentrum der zum Vertragsschluß führenden Motive stand, das Vertrauensverhältnis also niemals primär personenbezogen war, ist der Vertragsübergang trotz der formalen Verletzung des Grundsatzes der Abschlußfreiheit legitim. Eine Lösung für die Zukunft wird ja nicht ausgeschlossen. [496]

Mit FICKER [497] läßt sich das als Ausfluß einer zunehmenden Typisierung der Verträge und Vertragsinhalte begreifen. Er entnimmt aus Normen wie den §§ 25, 28 HGB eine Tendenz zur "Verdinglichung obligatorischer Rechte" [498] im Sinne einer "Negotiabilisierung" von Vertragspositionen, an deren Ende der völlige Verzicht auf die Mitwirkung der im Vertrage verbleibenden Partei steht. [499] Dem wird man folgen können, solange man sich des Umstandes bewußt bleibt, daß ohne einen Fingerzeig

---

495) anders BAG v. 2. 10. 1974, NJW 1975, 1378 ff. = BB 1975, 468 ff. = DB 1975, 601 ff. zu § 613 a BGB, das den Widerspruch eines Arbeitnehmers beim Übergang eines Betriebsteils für beachtlich hält. Dagegen ROEMHELD BB 1976, 845 ff.. Gegen ein Zustimmungsrecht bei § 613 a BGB auch NEUMANN-DUESBERG BB 1971, 969 ff.; HASFORD BB 1973, 526 jew. m.w.N. zur Rechtslage vor der Gesetzesänderung.

496) Vgl. BAG v. 29. 10. 1975, NJW 1976, 535 f., das das Arbeitsverhältnis beendende Abreden zwischen Arbeitnehmer und Erwerber für zulässig erklärt. Ausdrückliche Auflösungsvorschriften enthalten die §§ 70, 151 VVG, die, wie AG MÜNCHEN aaO. (bei FN 451) richtig erkannt hat, dem § 25 HGB vorgehen.

497) AcP 165 (1965), 32 ff.

498) FICKER aa.O. S. 33 im Anschluß an die gleichnamige Monographie von DULCKEIT. - Der Ausdruck "Verdinglichung" wird hier im Sinne von Versachlichung, Vergegenständlichung zum Verkehrsobjekt verstanden. Anders KOUMANTOS, der einer Belastung des Unternehmens mit seinen Verbindlichkeiten nachgeht und diese als Verdinglichung bezeichnet.

499) FICKER aaO. S. 35, insbes. in FN 7; S. 37: "Die Identität des Leistungsgegenstandes beschränkt sich damit auf die Identität des Leistungsinhalts."

des Gesetzgebers die Privatautonomie in Gestalt der Abschlußfreiheit maßgeblich bleiben muß. [500] Die Besonderheit der §§ 25, 28 HGB liegt in ihrer Reichweite. Ganz im Gegensatz zu den übrigen gesetzlich angeordneten Vertragsübernahmen haben sie keinen fest umrissenen Vertragstypus im Auge. Die Unternehmensveräußerung nach §§ 25 I, 28 I HGB erfaßt sämtliche geschäftsbezogenen Vertragsverhältnisse [501], soweit ihr Übergang nicht die Beachtung von Formerfordernissen voraussetzt.[502] Wegen des Einbezugs der Forderungen und Verbindlichkeiten aus anderen Rechtsgründen - etwa aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung - geht sie in ihren Wirkungen sogar über den Bereich des Vertragsrechts hinaus. Das hindert eine Auslegung im skizzierten Sinne jedoch nicht.

Auch der denkbare Einwand möglicher Überschneidungen mit anderen Normen - wobei insbesondere die §§ 151 II VVG, 613 a BGB in Betracht kommen - greift zu kurz, da er die Unterschiede im jeweils angesprochenen Adressatenkreis vernachlässigt. [503]

IV. Die Vereinbarkeit mit den §§ 25, 28 HGB im einzelnen

Die Konstruktionsdetails der §§ 25 I, 28 I HGB stehen der ein-

---

500) s.o. das Zitat von KREJCI bei FN 492

501) Wegen §§ 549, 399 BGB muß allerdings für Mietverhältnisse eine Ausnahme gemacht werden. Vgl. WÜRDINGER § 25 Anm.18; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 5 a.E. sowie allgemein STAUDINGER-KIEFERSAUER § 549 Anm. 43; PALANDT-PUTZO § 549 Anm. 7.
Der Versuch von BRANDNER NJW 1960, 127 ff. geht mit beachtlichen Erwägungen in die hier für sonstige vertragsbezogene Rechtsverhältnisse vertretene Richtung, ist aber wegen der klaren Aussage des BGB nicht haltbar.
Zur Rechtslage in Österreich vgl. BAUERREISS, Fschr. KASTNER, S. 17 ff.

502) Ebenso WÜRDINGER § 25 Anm. 18 m.w.N.; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 5; PIEPER S. 204 ff.

503) Diese bleiben zum großen Teil auch nach Bejahung einer Analogie zu den §§ 25, 28 HGB im bürgerlich-rechtlichen Bereich bestehen.

heitstheoretischen Vertragsübernahmekonzeption gleichfalls nicht entgegen.

Eine Forthaftung des aus dem Vertrag Ausscheidenden ist keineswegs systemfremd. Eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarung ist stets zulässig [504] und durchaus sinnvoll, um den verbleibenden Partner vor Risiken bezüglich der Zahlungsfähigkeit des Übernehmers zu bewahren. Wiewohl die DENKSCHRIFT dazu nicht ausdrücklich Stellung nimmt [505], wird man von ähnlichen Überlegungen der Gesetzesverfasser ausgehen können.

Dogmatisch läßt sich die Haftung des Veräußerers auf dem Boden der Einheitstheorie nicht mehr mit REICHEL [506] als Folge einer kumulativen Schuldübernahme ansehen. Die Reduktion der Rechtsstellung des ausscheidenden Vertragsteils auf eine "mehr oder weniger subsidiäre Verpflichtung", wie PIEPER sie vorschlägt[507], bietet sich zur dogmatischen Bewältigung der rechtsgeschäftlichen Übernahme eines einzelnen Vertrages kraft dreiseitigen Rechtsgeschäfts an. Im Bereich des gesetzlich angeordneten Parteiwechsels bezüglich einer Vielzahl von Schuldverhältnissen kann man damit wohl kaum operieren. Dies ist auch nicht erforderlich, da sich die Forthaftung des Veräußerers als gesetzlicher Schuldbeitritt auffassen läßt. Der herrschenden Meinung, die von einem Schuldbeitritt des Erwerbers ausgeht[508], entspricht das zwar in keiner Weise, stellt aber die notwendige Konsequenz aus der Anerkennung der Parteiauswechselung dar. Die §§ 25, 28 HGB gehen damit weiter als § 571 II BGB, der dem ausscheidenden Vermieter lediglich die Position eines selbstschuldnerischen Bürgen einräumt, und entsprechen in diesem Punkt

---

504) PIEPER S. 215

505) HAHN-MUGDAN S. 219

506) S. 101 ff., 302 ff.

507) S. 216

508) vgl. nur die Kommentare zu den §§ 25, 28 HGB

den §§ 69, 151 VVG, 613 a BGB. [509]

Für die Fälle der §§ 25 I, III HGB bringt § 26 HGB eine eigenständige Verjährungsregelung. [510] Bei § 28 HGB war eine entsprechende zeitliche Limitierung wegen § 128 HGB bzw. §§ 161 II, 128 HGB unnötig. [511]

Daß die §§ 25 I 2, 28 I 2 HGB den Forderungsübergang nur fingieren, stört in diesem Zusammenhang nicht. [512] Der Gesetzgeber wollte sich mit dieser Formulierung jedes weitergehenden Eingriffs in die zwischen Veräußerer und Erwerber getroffene Vereinbarung enthalten. Mehr als die Zuordnung im Außenverhältnis war vom Sinn und Zweck her nicht geboten.

Immerhin hat das zur Konsequenz, daß ein Zugriff der Privatgläubiger des Veräußerers nach wie vor möglich bleibt. [513] Von daher kann es nicht richtig sein, mit KREJCI [514] die Unternehmensbindung der Geschäftsbeziehungen zum Normzweck zu erheben. Geht man davon aus, daß die §§ 25, 28 HGB Fehlsteuerungen unternehmensbezogener Leistungen verhindern sollen, dann paßt auch dieser Umstand ins Bild: Der Erwerber soll und will die Forderungen nicht erhalten - sonst hätte er sie übernommen und der Rückgriff auf die Fiktion wäre überflüssig [515].

---

509) Zur Frage, ob die §§ 25, 28 HGB Gesamtschuld oder Gesamthaftung anordnen, s. die Nachweise in FN 2

510) Die DENKSCHRIFT begründet sie ausdrücklich mit einer Anlehnung an § 159 HGB.

511) Der Rückzug auf eine Kommanditistenstellung hilft dem früheren Einzelkaufmann also nicht aus seiner unbeschränkten Haftung.

512) ebenso KREJCI, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, S. 219

513) Dies ist unbestritten, vgl. WÜRDINGER § 25 Anm. 19 m.w.N. Entgegen BÖRNER, Fschr. MÖHRING (1975), 34, 44 liegt keine Legalzession vor.

514) s.o. bei FN 143 ff.

515) Tatsächlich abgetretene Forderungen "gelten" nicht "den Schuldnern gegenüber" als auf den Erwerber übergegangen, sondern sind es. Die §§ 25 I 2, 28 I 2 HGB belegen sehr deutlich, daß der Gesetzgeber ganz im Sinne der hier vertretenen Deutung nur da eingreifen wollte, wo die Parteien es - aus welchen Gründen auch immer - an einer Regelung fehlen ließen und Reibungsverluste drohten.

und den Schuldnern gegenüber macht der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß die Zuordnung klar.

Die Subtilität, derer sich die Gesetzesverfasser bei der Regelung der Geschäftsveräußerung befleißigten, kommt schließlich auch bei der Anbindung nur der Forderungen, nicht aber der Verbindlichkeiten an eine Einwilligung des Übertragenden zum Ausdruck. Das Gesetz zerreißt hier bestehende synallagmatische Verhältnisse in einer Weise, die es unmöglich macht, in § 25 I HGB eine Schuldnerschutznorm zu sehen. BÖRNERs Auffassung [516] ist daher nicht haltbar. Die Erwägung, man könne "nicht dem Veräußerer Rechte nehmen, weil der Erwerber das Gesetz, § 22 HGB, mißachtet" [517], steht mit seinen sonst auf der Linie der Rechtsscheintheorie liegenden Ausführungen [518] in Widerspruch. In Wirklichkeit übt das HGB durch die Auferlegung von Haftung unter Vorenthalt der Berechtigung wirtschaftlichen Druck auf den Erwerber aus, der ihn zu vertragskonformem Verhalten animieren sol. Indem es ihm die unberechtigte Firmenfortführung - bei der ja keine Vertragsübernahme naheliegt, weil es am Kontinuitätswillen fehlt - möglichst wenig schmackhaft macht, versucht es die Beachtung des § 22 HGB sicherzustellen. Auch hier ist die Begünstigung des Veräußerers, der trotz des vom Erwerbers gesetzten Anscheins die Forderungen nicht verliert, wie auch der Gläubiger, die unverdientermaßen einen zweiten Schuldner erhalten, nur Reflex, nicht aber Ziel der Regelung. Diese dient vielmehr vornehmlich dem Allgemeininteresse.

Für die Auslegung des § 25 I HGB besagt das, daß wir nur dann

---

516) Fschr. MÖHRING (1975), S. 34, 41: "... das HGB hat in seinem § 22 dem Erwerber erlaubt, sich mit dem früheren Namen des Veräußerers vor dem Schuldner zu tarnen. Deshalb muß das HGB den Schuldner durch eine Sondervorschrift schützen ..." Ähnlich bereits THÖL aaO. (bei FN 229) in seiner Argumentation aus Art. 23 ADHGB heraus.

517) aaO. S. 50

518) aaO. S. 40 ff.

eine Vertragsübernahme annehmen können, wenn eine Einwilligung des Veräußerers in die Firmenfortführung vorliegt. Allzu große Anforderungen sollte man an das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals jedoch nicht stellen. [519] Im Interesse der Verkehrssicherheit gilt es, die Phase der Nur-Haftung ohne Vertragsübernahme kurz zu halten. Mißt man der Verletzung des § 22 HGB zu viel Bedeutung bei, dann werden Reibungen nicht vermieden, sondern herbeigeführt. Daher wird eine Duldung der Firmenfortführung durch vorsätzliches oder fahrlässiges Nichteinschreiten seitens des Veräußerers als konkludente Zustimmung zu werten sein. [520] Die Berücksichtigung von Willensmängeln verbietet sich angesichts der bereits mehrfach als in der Konsequenz des Gesetzes liegend erkannten Abstraktion vom Parteiwillen ohnehin. [521]

§ 9 - Die abweichende Vereinbarung nach §§ 25 II, 28 II HGB

Die Ausschlußmöglichkeit der §§ 25 II, 28 II HGB wirft keine besonderen Probleme auf. Sie rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit, den speziellen Gegebenheiten des jeweils übertragenen Unternehmens Rechnung zu tragen. [522] Die Veräußerungsparteien erhalten die Gelegenheit, das Schicksal der Geschäftsbeziehungen einvernehmlich in anderer Weise als vom Gesetz vorgesehen zu regeln. Daraus folgt, daß ohne einen entsprechenden Anhaltspunkt im Übernahmevertrag die Rechtsfolgen der §§ 25 I, 28 I HGB eingreifen. Einen Erwerb einzelner Rechtsverhältnisse

---

519) Immerhin resultiert es aus einem für heutige Begriffe unvollkommenen Verständnis des Schuldverhältnisses. Vom zerlegungstheoretischen Ansatz aus war das im Grundsatz positiv zu wertende Anliegen des Gesetzgebers unschwer und ohne irgendwelche Friktionen zu erreichen.

520) so auch GERLACH FN 122 (S. 75); enger WÜRDINGER § 25 Anm. 17

521) s.o. § 7 S.116 ff.

522) s.o. S.47 f., 50

wird man dabei als Ausschluß der übrigen werten dürfen. [523] Werden nur die Forderungen oder - was praxisnäher sein dürfte - nur die Verbindlichkeiten ganz oder teilweise dem Erwerber überlassen, dann hindert das - immer das Fehlen einer abweichenden ausdrücklichen Regelung vorausgesetzt - den Übergang der Vertragsposition nicht, da diese sinnvollerweise dem Unternehmen zuzuschlagen ist. [524] In Ermangelung einer Vereinbarung über den Verbleib der Geschäftsbeziehungen ist eine dennoch erfolgte Ausschlußmitteilung - gleich, ob vom Veräußerer oder vom Erwerber ausgehend - ohne jede Wirkung, weil ihr die tatsächliche Grundlage fehlt. GERLACH will diesen Fall, der wohl nur von theoretischem Interesse ist, anders entscheiden. [525] Er sieht eine abweichende Vereinbarung stets gegeben, "wenn und soweit eine ... Schuldübernahme nicht vereinbart worden ist". [526] Das bedeutet nichts anderes, als daß die §§ 25 I, 28 I HGB nur dann eingreifen, wenn eine "entsprechende Vereinbarung" vorliegt. So aber hat das Gesetz die Geschäftsübernahme nicht regeln wollen. Im Fall des Vollerwerbs unter Firmenfortführung ebenso wie dem des Eintritts glaubte die DENKSCHRIFT ja, die Frage nach dem Schicksal der Forderungen und Verbindlichkeiten entscheiden zu können. [527] Nur die Abweichung von dem solchermaßen als angemessen und richtig Erkannten sollte einer entsprechenden einvernehmlichen

---

523) unter der Voraussetzung ihrer Publikation, wie hier WÜRDINGER § 25 Anm. 21; GERLACH S. 43. - Eine Begrenzung der Schuldübernahme der Summe nach ist seit RG v. 21. 7. 1936, RGZ 152, 75 allgemeiner Auffassung zufolge unwirksam. Anders verhält es sich mit einer quotenmäßigen Beschränkung, etwa mittels Prozentzahlen, da dann jeder Gläubiger die auf ihn entfallende Begünstigung selbst errechnen kann, vgl. RG aaO. S. 78

524) vgl. S. 120, 130 f.

525) S. 43

526) aaO. - GERLACH unterstellt also den Veräußerungsparteien, das Unternehmen von seinen Außenbeziehungen trennen zu wollen, wenn sie nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbaren. Das muß bei einem Geschäft, das in der Hand des Erwerbers fortgeführt werden soll, denn doch etwas gewagt erscheinen. Richtig demgegenüber J.V. GIERKE-SANDROCK S. 213, die die Geschäftsbeziehungen ohne weiteres als vom Veräußerungsvertrag mit umfaßt betrachten.

527) s.o. S. 103 f.

Regelung bedürfen. Von dieser sinnvollen und an anderer Stelle auch von ihm gebilligten [528] Gesetzesinterpretation weicht GERLACH ohne Not ab. Die Konsequenz müßte sein, daß ein abredewidriger Ausschluß, der wegen Unwirksamkeit der Schuldübernahme der tatsächlichen, wahren Rechtslage entspricht, Wirkungen zeitigt. Soweit will GERLACH mit Recht nicht gehen, [529] weil auch er Einwendungen aus dem Übertragungsgeschäft Dritten gegenüber ausschließt. [530] Warum er sich bei der Auslegung der §§ 25 II, 28 II HGB auf einmal "an der von den Parteien regelmäßig vereinbarten Schuldübernahme orientiert" [531] und die Abstraktion vom Parteiwillen im konkreten Einzelfall fallen läßt, bleibt unerfindlich.

Zur Frage der Exklusivität der in den §§ 25 II, 28 II HGB erwähnten Publikationsformen vertritt GERLACH [532] gleichfalls eine von der herrschenden [533] abweichende Ansicht: Eine anderweit erlangte Kenntnis vom Vorliegen einer Ausschlußvereinbarung soll den Übergang verhindern, weil das Gesetz nur den Schutz uninformierter Dritter beabsichtige. Für uns ist das nicht vertretbar. § 15 I HGB findet hier keine Anwendung. [534]

---

528) S. 39 : "Die (negative) Parteidisposition mußte im Verkehrsinteresse noch eigens geltend und publik gemacht werden..."

529) in FN 220 (S. 83)

530) S. 47

531) S. 43

532) S. 25 ff., 43 f.

533) RG v. 7. 11. 1903, JW 1903, 401
RG v. 4. 1. 1911, RGZ 75, 139
BGH v. 1. 12. 1958, BGHZ 29, 1, 4
WÜRDINGER § 25 Anm. 22; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 25 Anm. 18; STAUB-BONDI § 25 Anm. 21; J.V. GIERKE-SANDROCK S. 219; PISKO, Ehrenbergs Handbuch, S. 259; FISCHER in LM Nr. 3 zu § 28 HGB; SÄCKER ZGR 1973, 261, 269 f.

534) RG v. 7. 11. 1903, aaO.; BGH v. 1. 12. 1958, aaO.
WÜRDINGER aaO.; BAUMBACH-DUDEN §§ 25, 26 Anm. 3 a; J.V. GIERKE-SANDROCK aaO.
Auch GERLACH will § 15 I HGB nicht unmittelbar anwenden, gibt aber in FN 140 (S. 76) zu, daß seine Ansicht im Ergebnis darauf hinausläuft.

Dies folgt zunächst daraus, daß die Tatsache des Ausschlusses nicht eintragungs- und bekanntmachungspflichtig, sondern nur eintragungsfähig ist. [535] Außerdem können nur Veräußerer und Erwerber sowie auf ihre Veranlassung hin das Handelsregister verläßliche Kunde von den bezüglich der Geschäftsbeziehungen getroffenen Abreden geben. Mit der Zulassung weiterer, nicht erwähnter Informationswege würde die vom Gesetz bekämpfte Unsicherheit im Rechtsverkehr auf seiten des Erwerbers wie der Geschäftspartner wieder herbeigeführt.

Diesen Umstand gilt es auch bei der Festlegung des Zeitpunktes, zu dem eine Ausschlußvereinbarung letztmalig publiziert werden kann, im Auge zu behalten. Deshalb ist mit der weit überwiegenden Meinung zu fordern, daß die Bekanntgabe unmittelbar im Anschluß an die Geschäftsfortführung erfolgt. [536] Verzögerungen gehen zu Lasten der Veräußerungsparteien. [537]

§ 10 - Abgrenzungsprobleme

Unsere Untersuchung wäre unvollständig ohne den Versuch, den Stellenwert der §§ 25, 28 HGB im Umfeld - scheinbar oder tatsächlich - verwandter Vorschriften zu bestimmen. Die Meinungsvielfalt, die in diesem Punkt herrscht, legt ein beredtes Zeugnis vom Mangel dogmatischer Durchdringung ab.

---

535) BAUMBACH-DUDEN § 15 Anm. 2 B; GÖPPERT S. 6; J.V. GIERKE-SANDROCK aaO.; K. SCHMIDT JuS 1977,209, 213

536) ausführliche Begründung in BGH v. 1. 12. 1958 aaO. vgl. WÜRDINGER § 25 Anm. 24 m.w.N.; etwas großzügiger ist GERLACH S. 45 mit FN 126 (S. 76), 226 (S. 83).

537) RG v. 4. 1. 1911, RGZ 75, 139, 140 f. begründet dies damit, daß die Parteien ja den Weg der Einzelinformation hätten gehen können. - Sollten nicht alle Geschäftspartner namentlich bekannt sein, so muß das entgegen GERLACH FN 226 (S. 83) dem Erwerberrisiko zugerechnet werden.

I. Die Abgrenzung von § 25 HGB und § 28 HGB

Bereits die Abschichtung von Voll- und Teilerwerb ist umstritten. Der Grenzbereich beider Normen droht zu verschwimmen - ein wegen der tatbestandlichen Differenzen unerträglicher Zustand.

Im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 1. 1913 [538] wird das Problem zumeist anhand der Übertragung des Geschäfts einer oHG auf eine andere, die mit der veräußernden partiell personengleich ist, abgehandelt. [539]

Das REICHSGERICHT [540] sowie ihm folgend das KAMMERGERICHT [541] und die Kommentare von LEHMANN-RING [542] und WÜRDINGER [543] wollen § 25 HGB anwenden. Da vorher kein einzelkaufmännisches Geschäft bestanden habe, liege keine Vergesellschaftung nach § 28 HGB vor.

SCHRICKER [544] hält die personelle Kontinuität für das zwischen § 25 HGB und § 28 HGB entscheidende Kriterium und befürwortet eine Behandlung nach § 28 HGB, d. h. unter Verzicht auf die Firmenfortführung.

GERLACH [545] nimmt den Fall völlig aus dem Normbereich der §§ 25, 28 HGB heraus. Diese Vorschriften sollen seiner Ansicht

---

538) DJZ 1913, 466 f. - Nach Auflösung einer Kommanditgesellschaft führten die früheren Kommanditisten das Unternehmen mit dem ehemaligen Komplementär als Handlungsbevollmächtigtem fort.

539) so bei GERLACH, SCHRICKER und in Abwandlung bei HECKELMANN

540) aaO.

541) KG v. 30. 5. 1936, JW 1936, 2658

542) § 28 Anm. 6 c

543) § 25 Anm. 6

544) ZGR 1972, 121, 151 FN 125 a.E.

545) S. 60 f.

nach lediglich die mit der Übernahme neu einsetzende Haftung des Voll- bzw. Teilerwerbers begründen. Bei weiter am Geschäft beteiligten Gesellschaftern gehe es demgegenüber um die Fortdauer ihrer Haftung, die nicht anders zu beurteilen sei als im Fall des § 142 HGB oder bei einer sonstigen Veränderung im Personenbestand der oHG. Für die Anwendung der §§ 25, 28 HGB besteht "weder Rechtfertigung noch Bedürfnis". [546] Der fortwährend Beteiligte kann seiner Haftung nicht entrinnen; neue Teilhaber werden nach § 28 HGB für die Altschulden verpflichtet. [547]

Damit sind zwei Fragen aufgeworfen, die strikt voneinander zu trennen sind. Zunächst ist zu erörtern, ob Geschäftsübernahmen bei partieller Personenidentität auf Veräußerer- und Erwerberseite überhaupt den §§ 25, 28 HGB unterfallen, sodann, falls dies zu bejahen ist, welche der beiden Normen Anwendung findet.

Nach der hier vertretenen Auslegung der §§ 25, HGB ist der bei der Beantwortung der Ausgangsfrage entscheidende Gesichtspunkt der Wechsel des die Geschäftspolitik bestimmenden Unternehmensträgers, den SCHRICKER und GERLACH völlig ignorieren. An die Stelle der bisher maßgeblichen Personenhandelsgesellschaft tritt nach dem Willen der Beteiligten - andernfalls würde eine Anteilsübertragung ausreichen - eine andere. Sichtbaren Ausdruck findet das in der regelmäßigen [548] Auflösung der abgebenden Gesellschaft sowie in der Notwendigkeit eines Übertragungsaktes. Damit stehen wir vor der Konfliktlage der §§ 25, 28 HGB, wie sie oben [549] herausgearbeitet wurde: Die Zuordnung der Geschäftsbeziehungen wird zweifelhaft. Es besteht ein Bedürfnis nach verläßlicher Regelung des Verbleibs der unternehmensbezo-

---

546) S. 61 a.E.

547) aaO.

548) bei Ausgliederung eines selbständigen Geschäftszweiges kann die abgebende oHG auch fortbestehen.

549) S. 42 ff.

genen Rechtsverhältnisse, das weder anders noch geringer zu veranschlagen ist als bei typischen Erwerbsfällen. Wenn GERLACH angesichts der §§ 25 II, 28 II, 159 HGB von der "ganz unangemesse(n) Möglichkeit" spricht, "sich trotz fortwährender Beteiligung am Geschäft nach spätestens fünf Jahren der Haftung für die alten Geschäfts-, die Gesellschaftsschulden ganz zu entziehen" [550], dann bringt er einen falschen Zungenschlag in die Diskussion. Dem Gesetz liegt an dieser Stelle eine andere, nicht primär an Gläubigerschutzmomenten ausgerichtete Wertung zugrunde.

Bei der Übernahme nach § 142 HGB läßt die herrschende Meinung - ebenfalls in Anschluß an eine Entscheidung des REICHSGERICHTS [551] - kritiklos den § 25 HGB zum Zuge kommen. [552] Dabei erwirbt der das Geschäft als Einzelkaufmann fortführende Gesellschafter hier das Unternehmen samt seiner Außenbeziehungen als Gesamtrechtsnachfolger. Der Gleichlauf von ökonomischer und juristischer Zuordnung wird in diesem Fall durch eine eigenständige, nicht abdingbare gesellschaftsrechtliche Vorschrift gewahrt. Die §§ 25, 28 HGB scheiden daher aus. [553]

---

550) S. 61 oben

551) RG v. 25. 11. 1933, RGZ 142, 300 ff. - Das RG griff hier nur aus Verlegenheit zu § 25 HGB, da es sich nicht zu einer teleologischen Reduktion des § 159 HGB mit seiner verkürzten Verjährungsfrist in der Lage sah.
Gegen eine Anwendung des § 159 HGB auf den das Geschäft fortführenden Gesellschafter sind ULMER § 142 Rz. 34; SCHILLING § 159 Anm. 14; A. HUECK S. 468, 525 FN 6; HECKELMANN, Fschr. BARTHOLOMEYCZIK, S. 129, 145; H. LEHMANN JW 1934, 356

552) WÜRDINGER § 25 Anm. 6; ULMER § 142 Anm. 34; U. HUBER S. 70; BUCHNER AcP 169 (1969), S. 483, 496 f.; weitere Nachweise bei HECKELMANN aaO. S. 129 FN 3

553) ebenso HECKELMANN aaO. S. 144, weil es "an der für § 25 I HGB typischen und erforderlichen Übertragung einer internen Schuldübernahme auf das Außenverhältnis" fehlt.
Wie hier auch O.V. GIERKE Fschr. MARTITZ, S. 79 FN 1. MÜLLER-ERZBACH S. 214 f. schließt nur § 25 I HGB aus und sieht Eintragung und Bekanntmachung der Übernahme als Erklärung nach § 25 III HGB an.

Nur beim Erwerb seitens einer partiell personenidentischen Handelsgesellschaft stellt sich damit die Frage nach der Zuordnung zu § 25 oder § 28 HGB. Hier spielt die personelle Kontinuität in der Tat eine Rolle, da § 28 HGB ersichtlich eine fortdauernde Beteiligung des früheren Alleininhabers im Auge hat. Wie wir oben sahen [554], ist das auch durchaus sinnvoll zu begründen. Deswegen ist die weiterhin bestehende Teilhabe aber noch lange nicht das entscheidende Abgrenzungskriterium. Anderenfalls müßte § 28 HGB auch auf die Übertragung eines Geschäfts auf eine Kapitalgesellschaft, an der der frühere Einzelkaufmann Anteile hält [555], Anwendung finden. Das wird zu Recht von niemandem vertreten. § 25 HGB verlangt keine personelle Diskontinuität in dem Sinne, daß der Veräußerer nunmehr das wirtschaftliche Interesse am Geschäft vollständig verliert. Mit einer derart formalistischen Betrachtungsweise ist dem Problem nicht beizukommen. Ausschlaggebend sind die potentiellen Auswirkungen des Unternehmensträgerwechsels auf die Außenbeziehungen. Ihre Fortführung - abstrakt aus der ökonomischen Perspektive heraus betrachtet - erschien dem Gesetzgeber im Fall des § 28 HGB wahrscheinlicher als beim Vollerwerb. [556] Auf dieser Differenzierung bauen die §§ 25, 28 HGB auf. Dementsprechend sind sie nach der bei Anlegung normaler Maßstäbe zu erwartenden Parteidisposition bezüglich der Geschäftsbeziehungen voneinander abzugrenzen. Untersucht man den Erwerb eines bislang von einer Personenhandelsgesellschaft betriebenen Geschäfts durch eine partiell personengleiche unter diesem Aspekt, dann scheidet § 28 HGB aus. Der Fortbestand der Ge-

---

554) S. 109 f.

555) Zu den verschiedenen Varianten der Übertragung und Umwandlung eines Einzelunternehmens siehe eingehend WESTERHOFF DB 1975, 1973 ff.. Die von ihm aaO. S. 1977 befürwortete analoge Anwendung des § 25 I HGB auf Durchgriffsansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen den Einmanngesellschafter bei Veräußerung sämtlicher Anteile ist von der hier vertretenen Deutung aus unhaltbar.

556) s.o. S. 108 bei FN 413

schäftsbeziehungen versteht sich hier nicht von selbst, ist nicht das "Naturgemäße". [557] Der Eingriff in das Unternehmen ist zu groß, als daß man von einer Absicht der Parteien, eine Abspaltung der Außenbeziehungen zu vermeiden, ohne weiteres ausgehen könnte. Wäre dem so, dann hätte ein Austausch der Gesellschafter ohne Neugründung und Übertragung sehr viel näher gelegen. Die von den Beteiligten gewählte Ausgestaltung der Transaktion macht es notwendig, sie dem § 25 HGB zu unterstellen.

II. Das Verhältnis von § 28 HGB und §§ 130, 173 HGB zueinander

SÄCKER [558] hat versucht, § 28 abweichend von der allgemeinen Ansicht [559] aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 25 ff. HGB zu lösen und in eine Linie mit den §§ 130, 173 HGB zu stellen, da die Vorschrift primär gesellschaftsrechtlichen Bezug habe. [560] Sachlich sei zwischen dem Eintritt in eine bestehende Personenhandelsgesellschaft und der Aufnahme eines Teilhabers durch einen Einzelkaufmann hinsichtlich der Altschuldenhaftung kein Unterschied. Auch der VIII. Zivilsenat des BUNDESGERICHTSHOFs operiert in der Entscheidung vom 6. 7. 1966 [561] mit diesem Gedanken, der uns schon aus der Gesetzeshistorie bekannt ist [562], will aber nicht wie SÄCKER den § 130 HGB dem

---

557) HAHN-MUGDAN S. 221

558) ZGR 1973, 261, 279 ff.

559) vgl. die Untersuchungen von GERLACH, MORISSE, SCHLÜTER und SCHRICKER sowie die Kommentare

560) aaO. S. 280: "Es kann für eine wertende Betrachtung hinsichtlich der Haftung für Altschulden keinen Unterschied machen, ob eine Gesellschaft besteht, die einen neuen Gesellschafter aufnimmt, oder ob ein Einzelkaufmann einen Teilhaber aufnimmt."

561) LM Nr. 5 zu § 28 HGB = NJW 1966, 1917 ff. = DB 1966, 1230 = BB 1966, 876

562) vgl. BUSCH, Buschs Arch. Bd. 1 (1863), 25, 27 f. und Obertribunal BERLIN v. 1. 11. 1866, Gruchot Bd. 11 (1867), 258, 263, die allerdings auch den Fall des Vollerwerbs nach Art. 113 ADHGB = § 130 HGB regeln wollen.

§ 28 HGB anpassen [563], sondern den umgekehrten Weg gehen.

Geht man davon aus, daß die §§ 25 ff. HGB die Zuordnung der Geschäftsbeziehungen bei einer Unternehmensveräußerung regeln sollen, bedarf es keiner Korrektur des Gesetzes. In dem Fall, den die §§ 130, 173 HGB im Auge haben, liegt ja gar kein Wechsel des Unternehmensträgers vor. Die Identität der Personenhandelsgesellschaft wird durch die Veränderung im Gesellschafterbestand nicht berührt. [564] Eine den §§ 25 ff. HGB entsprechende Konstellation fehlt völlig. Die §§ 130, 173 HGB rechtfertigen sich aus rein gesellschaftsrechtlichen Motiven, während § 28 HGB von den Gesetzesverfassern systematisch zutreffend den Vorschriften über die Handelsfirma zugeschlagen wurde.

Mit der DENKSCHRIFT ist diese Auffassung ohne weiteres vereinbar. Sie hebt ausdrücklich hervor, bei § 130 HGB liege "der Schwerpunkt der Frage nicht darin, welche Schulden als Gesellschaftsschulden anzusehen sind, sondern darin, inwieweit die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden haften." [565] Beide Normen greifen somit an verschiedenen Punkten an. Allerdings betonen die Gesetzesverfasser gleichzeitig, die Aufnahme in eine bestehende Personenhandelsgesellschaft und die in das Geschäft eines Einzelkaufmanns seien einander ähnlich. [566] Darin ist jedoch kein Widerspruch zu sehen. Die DENKSCHRIFT rekapituliert hier lediglich die Erwägungen, die die Nürnberger Kommission zur Kodifizierung des in Art. 113 ADHGB enthaltenen Rechtsgedankens bewogen hatten. Danach sollte die Vorschrift eine Abrechnung aller Geschäftsvorfälle auf den Zeit-

---

563) SÄCKER aaO. hält die Dispositivität für die "rechtspolitisch glücklichere Lösung". Nach BGH aaO. paßt sie aber nicht zu § 130 HGB.

564) Vgl. A. HUECK S. 392 f.; SCHÜNEMANN S. 163; KORNBLUM S. 193; WIEDEMANN S. 33; J. BLOMEYER JR 1971, 397, 403

565) HAHN-MUGDAN S. 221

566) aaO. S. 220 f.

punkt des Eintritts eines neuen Gesellschafters entbehrlich machen, weil sie zu Unzuträglichkeiten und Verwirrung im Geschäftsablauf führen mußte. [567] In dem Ziel, Hemmnisse in der Unternehmenstätigkeit zu beseitigen, treffen sich die §§ 130, 173 HGB mit den §§ 25 ff. HGB. Damit sind die Gemeinsamkeiten aber auch schon erschöpft. Im übrigen sind die vom Gesetz in beiden Fällen besorgten Störungen - Schicksal der Außenbeziehungen bei Wechsel des Unternehmensträgers auf der einen, Klärung der persönlichen Haftung [568] auf der anderen Seite - viel zu unterschiedlich, um von einer systematischen Zusammengehörigkeit oder auch nur einer Entsprechung ausgehen zu können.

III. EXKURS: Die persönliche Haftung des Eingetretenen bei § 28 HGB

Allgemeiner Ansicht zufolge haftet der vom bisherigen Einzelkaufmann als Teilhaber Aufgenommene für die Verbindlichkeiten aus schwebenden Rechtsverhältnissen nicht allein mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern über den unmittelbaren Wortlaut des § 28 I HGB hinaus auch persönlich. [569] Soweit auf eine exakte Ableitung nicht überhaupt verzichtet wird [570], begnügt man sich mit einem Hinweis auf § 128

---

567) Protokolle zum ADHGB S. 280

568) Nach herrschender Meinung - Nachweise bei KORNBLUM S. 113 FN 1 - betrifft § 130 HGB nur die persönliche Haftung des neuen Gesellschafters. A.A. BUCHNER AcP 169 (1969), 483, 494 ff.

569) An der persönlichen Haftung des früheren Einzelkaufmanns besteht ohnehin kein Zweifel. Die DENKSCHRIFT erwähnt sie zwar nicht ausdrücklich, spricht aber davon, daß eine dem Fall des Vollerwerbs "entsprechende Regelung" getroffen werden sollte (HAHN-MUGDAN S. 221).
Zur Konstruktion als gesetzlicher Schuldbeitritt des Veräußerers s.o. S. 134 f.

570) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 187; FISCHER LM Nr. 3 zu § 28 HGB; SÄCKER ZGR 1973, 261, 280; K. SCHMIDT DB 1973, 653, 703, 704 bei FN 79

HGB. [571]

Hiergegen hat LIEB [572] Bedenken geltend gemacht. Die herrschende Meinung beruht seiner Ansicht nach auf einer Verkennung des Zusammenspiels der §§ 28, 128, 130 HGB. Wenn § 128 HGB auf Altschulden angewendet werde, bringe der Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ebenso wie der in eine bestehende Personenhandelsgesellschaft zwangsläufig die persönliche Haftung des Gesellschafters mit sich. Die §§ 130, 173 HGB wären ihrer Funktion beraubt und überflüssig. Beschränkt man dagegen die Reichweite des § 128 HGB mit der absolut herrschenden Lehre [573] auf die während der Mitgliedschaft des Gesellschafters begründeten Verbindlichkeiten, dann kommt § 130 HGB eigenständige Bedeutung zu. Gleichzeitig entfällt aber LIEB zufolge die Grundlage einer persönlichen Haftung des Eingetretenen für Altschulden: § 128 HGB ist unanwendbar und die denkbare Analogie zu § 130 HGB scheitert an der Verschiedenheit der Ausgangssituationen. [574]

Mit dieser These hält sich LIEB völlig im Bereich seiner primär an Gläubigerschutzgesichtspunkten orientierten Interpretation des § 28 HGB. Es soll lediglich die mit der Bildung von Gesamthandsvermögen einhergehende Vollstreckungsbenachteiligung der Altgläubiger [575] neutralisiert werden. Mehr ist nicht

---

571) BGH v. 22. 11. 1971, LM Nr. 6 zu § 28 HGB = NJW 1972, 1466 = MDR 1972, 848 = BB 1972, 895
WÜRDINGER § 28 Anm. 6; HEYMANN-KÖTTER § 28 Anm. 1; PISKO Ehrenbergs Handbuch, S. 260; GERLACH S. 56
Gegen die Heranziehung des § 128 ist REICHEL S. 103 f., "weil die oHG ein eigenes Rechtssubjekt ... überhaupt nicht darstellt".
Ähnlich argumentiert HELLWIG S. 411.

572) Fschr. WESTERMANN, S. 309 ff.

573) vgl. die Kommentarliteratur zu § 128 HGB

574) aaO. S. 310 oben; zur Ablehnung der Analogie aaO. S. 323

575) Bei der Vollstreckung nach §§ 859 ZPO, 725, 734 BGB gehen den Altgläubigern gemäß § 733 BGB alle späteren Geschäftsverbindlichkeiten vor, dazu ausführlich LIEB aaO. S. 315 f.

geboten. [576]

LIEB geht allerdings von einem falschen Zeitpunkt aus, wenn er allein auf die Entstehung der Verbindlichkeit, m.a.W. auf die Begründung des Rechtsverhältnisses abhebt. Dieses Datum ist im Rahmen des § 128 HGB nicht von primärem Interesse. Vielmehr kommt es darauf an, wann die Verpflichtung zu einer solchen der Gesellschaft wird. Das geschieht bei der Übertragung eines einzelkaufmännischen Handelsgeschäfts auf eine Handelsgesellschaft gewöhnlich erst nach der Gründung. Bestenfalls fallen Entstehen der Gesellschaft und Übergang der Rechtsverhältnisse auf sie zeitlich zusammen; eine Umkehrung der Reihenfolge scheidet aus. Entgegen LIEB verbleibt es daher bei der von der herrschenden Meinung kritiklos bejahten Anwendung des § 128 HGB.

Daß dieses Ergebnis zutreffend ist, zeigt sich, wenn man § 28 HGB für kurze Zeit außer Betracht läßt: Es ist den Parteien des Gesellschaftsvertrages doch unbenommen, im Anschluß an die Gründung mit den Geschäftspartnern den Übergang der Vertragspositionen vom früheren Einzelkaufmann auf die oHG bzw. KG zu vereinbaren. In diesem Fall kann an der Entstehung einer Gesellschaftsverbindlichkeit zur Zeit der Mitgliedschaft des Eingetretenen und damit an der Anwendbarkeit des § 128 HGB kein Zweifel bestehen. Wenn die Vertragsübernahme nicht einvernehmlich im Wege eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts, sondern von Gesetzes wegen erfolgt, kann nichts anderes gelten. Die persönliche, unbeschränkte bzw. auf die Höhe der Einlage beschränkte Haftung des neuen Teilhabers entspricht im übrigen auch den Intentionen der Gesetzesverfasser, die dieses Ergebnis für selbstverständlich hielten. [577]

---

576) vgl. LIEB aaO. S. 322: "... ergibt sich aus der ratio dieses Gläubigerschutzes, daß diesem bereits durch Haftung des Gesellschaftsvermögens, d. h. durch eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, ausreichend Rechnung getragen wird; ..." mit dem Hinweis in FN 53 auf das Fehlen von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln.

577) HAHN-MUGDAN S. 221

IV. § 419 BGB und die §§ 25 ff. HGB

Daß die Normen des HGB über die Veräußerung von Handelsgeschäften nicht auf ein Vermögensübernahmeprinzip zurückgehen, haben wir bereits gesehen. [578] Auch das einhellig bejahte Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 25 ff. HGB und dem § 419 BGB[579] bereitet - erkennt man die Berechtigung der letztgenannten Vorschrift einmal an [580] - keine Schwierigkeiten.

Dennoch ist an diesem Punkt der Erörterung eine eingehende Beschäftigung mit § 419 BGB unumgänglich. Ein nicht unerheblicher Teil der Lehre glaubt nämlich, diese Norm nicht nur dann, wenn dem Veräußerer kein nennenswertes [581] Restvermögen verbleibt [582], sondern in jedem Fall einer Unternehmensübernahme anwenden zu sollen. [583] Die von uns als ökonomisch durchaus

---

578) s.o. S. 34 ff.

579) vgl. PALANDT-HEINRICHS § 419 Anm. 2 c; J.V. GIERKE-SANDROCK S. 216; SCHRICKER JZ 1970, 265, 266 FN 11; LAUE AcP 146 (1941), 156, 201

580) zur Kritik an § 419 BGB vgl. die Nachweise in FN 111.

581) Auf die Übernahme des wesentlichen Vermögens stellt bereits RG v. 17. 10. 1908, RGZ 69, 283, 289 f. ab, um Umgehungen zu verhindern. Näheres bei SCHRICKER JZ 1970, 265, 267 FN 21, 22. - Zur Ermittlung der miteinander zu vergleichenden Vermögensmassen siehe BGH v. 19. 2. 1976, BGHZ 66, 217, 218 f. Danach sollen bei Übernahme eines Vermögensteils die darauf ruhenden dinglichen Belastungen in Abzug gebracht werden. Für den Erwerber bedeutet das eine erhebliche Erleichterung, da sich das Verhältnis aus übernommenem und restlichem Vermögen für ihn verbessert.

582) Wenn der Veräußerer kein sonstiges Vermögen hat, greifen sowohl § 25 HGB als auch § 419 BGB ein, vgl. die Nachweise bei FN 579. -
Das Entgelt war nach bisheriger Auffassung nicht in Abzug zu bringen. Auch hier hat der BGH aaO. seine Ansicht geändert und dem Erwerber einen vorzugsweise zu befriedigenden Aufwendungsersatzanspruch gegeben.

583) O.V. GIERKE, Fschr. MARTITZ, S. 72 ff.; HELLWIG S. 399 ff.; J.V. GIERKE ZHR Bd. 111 (1948), 1, 16; GÜLTNER S. 66 ff.; HAUSLADEN S. 83 ff.; BONDI JW 1932, 1579

sinnvoll erkannte Dispositionsfreiheit der Veräußerungsparteien hinsichtlich der Außenbeziehungen des Geschäfts [584] - §§ 25 II, 28 II HGB - schrumpft von dieser Warte aus ganz beträchtlich zusammen. Es ist nurmehr der Ausschluß der "spezifisch handelsrechtlichen Erweiterung eines allgemein gültigen Prinzips" [585] - unbeschränkte Haftung des Erwerbers; Verzicht auf den Erwerb der Aktiva, wenn nur das Geschäft übergeht; Einbezug der Geschäftsforderungen [586] - möglich. Die Haftung mit dem Übernommenen ist nicht auszuräumen.

Es liegt auf der Hand, daß mit dieser Ansicht das flexible Aktionsmodell, das die §§ 25 ff. HGB dem Verkehr zur Verfügung stellen [587], empfindlich aus dem Gleichgewicht gebracht wird. Dies geschieht nicht unbeabsichtigt, sondern aus einem mit einigem Pathos vorgebrachten [588] Bedürfnis nach Durchsetzung der durch §§ 25 II, 28 II beeinträchtigten Gläubigerinteressen. So wie der Darlehensgeber des Privatmannes auf dessen Gesamtvermögen schaut, bevor er Kredit gewährt, vertraut der Geschäftsgläubiger nach HELLWIG [589] und OTTO VON GIERKE [590], die diesen Ansatz entwickelten und vielfach Gefolgschaft gefunden haben [591], auf die unternehmerisch gebundene Vermögensmasse. Angesichts dessen sei es "höchst unbillig, wenn die Geschäftsgläubiger sich auf unsichere Maßregeln gegen den Veräußerer verweisen lassen müssen, während das Geschäft in seiner realen Einheit und vielleicht in völliger Solvenz fortbesteht." [592] HELLWIG sieht gar eine "unerträgliche Disharmonie"

---

584) s.o. S. 47 f., 50 f.

585) HAUSLADEN S. 87

586) vgl. die Aufzählung bei HELLWIG S. 400

587) s.o. S. 49 ff.

588) vgl. die Ausführungen bei O.V. GIERKE aaO. S. 74, 75; HAUSLADEN S. 85, 91 f.; BONDI JW 1932, 1579

589) S. 399, 401

590) aaO. S. 75

591) Nachweise bei FN 583

592) aaO. S. 75

zwischen dem normalen Rechtsverkehr und dem Handelsverkehr, wenn § 419 BGB auf die Übertragung allein der unternehmerischen Zwecken dienenden Sondervermögensmasse nicht angewendet werde. [593]

Neben dem Gerechtigkeitspostulat führt VON GIERKE ein historisches Argument für seine Ansicht ins Feld: Er weist darauf hin, daß das Handelsrecht "am frühesten und am energischsten dem Gedanken, daß die Schulden als Passiva dem Vermögen folgen müssen, zum Durchbruch verholfen" habe. [594]

Dabei verkürzt er die historische Perspektive um ein bedeutsames Moment. Zwar stand die vermögenssondernde Kraft der unternehmerischen Zwecksetzung von Anfang an im Zentrum der Diskussion. [595] Wie die fast stets bejahte Möglichkeit eines Ausschlusses der Passivenübernahme [596] zeigt, stand dabei aber nicht der Gläubigerschutz im Sinne einer Erhaltung des Vollstreckungszugriffs im Vordergrund. Es ging vielmehr primär darum, für eine Klarstellung des Schicksals der Geschäftsbeziehungen zu sorgen. [597] Dies gilt selbst für TABOR und HASSENPFLUG [598], die mit der Annahme eines eigenen Rechtssubjekts weit über den Sondervermögensbegriff HELLWIGs und VON GIERKEs hinausgehen. Der deutschrechtliche Vermögensbegriff, auf den sie ihre Meinung stützen, begegnet uns nur bei LADENBURG. [599]

Als eigentlicher Vorläufer der Ansicht von HELLWIG und VON

---

593) aaO. S. 401

594) aaO. S. 74

595) unter diesem Aspekt faßt K. SCHMIDT S. 91 ff. die Diskussion des 19. Jahrhunderts zusammen.

596) auszunehmen ist nur die Rechtsprechung des Obertribunals BERLIN, s. o. bei FN 249, 257

597) insoweit kann auf die Ausführungen auf S. 81 f. verwiesen werden.

598) s.o. bei FN 165 ff.

599) s.o. bei FN 332, 336

GIERKE wird man BEKKER [600] ansehen müssen. Er entwickelte im Jahre 1861 im Anschluß an die BRINZsche Theorie von der Personifikation des Zweckvermögens [601] die Auffassung vom Handelsvermögen als einer durch Zwecksetzung begründeten Einheit.[602] Er knüpfte dabei an das peculium des römischen Rechts [603] an, das, obwohl formal Teil des Gesamtvermögens eines pater familias, in verschiedener Hinsicht als verselbständigtes Sondergut aufgefaßt wurde. Auch das Handelsgeschäft - gleich welcher Rechtsform - sei zweckbestimmt und zweckabhängig. [604] Seine rechtliche Geschlossenheit komme in der Existenz einer eigenen Verwaltung, den Handelsbüchern, dem selbständigen Auftreten im Rechtsverkehr unter eigener Firma und der Reservierung des Handelsvermögens für die jeweiligen Geschäftsgläubiger [605] zum Ausdruck. [606] Auf dem zweckgebundenen Vermögenskomplex, nicht auf der Person des Inhabers beruhe der von Dritten gewährte Kredit. [607]

Kritische Stimmen wandten dagegen ein, daß bei der juristischen Unbestimmtheit des Begriffs die Qualifikation des Han-

---

600) ZHR Bd. 4 (1861), 499 ff.

601) BRINZ, 2. Abtheilung, S. 979 ff.

602) aaO. 540, 556 f.

603) Vgl. KASER S. 66, 235 f. zum Begriff. Zur auf den Wert des Peculium begrenzten Haftung des Gewalthabers nach der actio de peculio vgl. dens. S. 189

604) aaO. S. 499, 555 f.

605) Die Existenz eines Separationsrechtes für die Gläubiger eines Kaufmanns mit mehreren Handelsgeschäften war im 19. Jahrhundert stark umstritten. Nachweise bei GEIGER S. 29 FN 18 - 20, S. 56 FN 96 a.
Mit diesem Rechtsinstitut hatte bereits HASSENPFLUG, Elvers' Themis Bd. 1 (1827), 59, 64 f. argumentiert. Gegen ihn ANONYMUS, Elvers' Themis Bd. 1 (1828), 498, 533 ff.

606) aaO. S. 537 ff.

607) aaO. S. 553 f.

delsgeschäfts als Sondervermögen letzten Endes rein willkürlich sei. [608] Eine rein tatsächliche Sonderung wurde nicht abgeleugnet; man schreckte jedoch davor zurück, aus ihr juristische Folgerungen zu ziehen. [609]

Für uns ist die Frage, ob die hinsichtlich des einzelkaufmännischen Handelsgeschäfts vom HGB getroffenen Regelungen - unter denen die §§ 25 ff. HGB gerade in der hier verfochtenen Auslegung von besonderer Bedeutung wären - eine hinreichende Abgeschlossenheit begründen [610], nicht von Interesse. Bereits KOUMANTOS hat deutlich gemacht, daß nicht die Anwendbarkeit des § 419 BGB von der Sondervermögenseigenschaft des Unternehmens abhängt, sondern daß umgekehrt, wenn § 419 BGB anwendbar sein sollte, dies als ein Fingerzeig auf eine Loslösung aus dem Gesamtvermögen verstanden werden muß. [611] Entscheidend ist allein, ob § 419 BGB die Übertragung eines Unternehmens ohne jede Rücksicht auf das Vorhandensein weiterer Vermögensgegenstände des Veräußerers erfaßt.

In seltener Einmütigkeit, zu der die Vielzahl der offenen Probleme [612] des Anwendungsbereichs nicht so recht passen will,

---

608) Nachweise bei GEIGER S. 48 FN 82

609) Nachweise bei GEIGER S. 81 FN 210 - 213

610) in diesem Sinne J.V. GIERKE ZHR Bd. 111 (1948), 1, 13 ff.

611) S. 66, 130; ähnlich GÜLTNER S. 59

612) Zum nennenswerten Restvermögen und zum Entgeltproblem s.o. in FN 581, 582
zum Erwerb von Einzelstücken: ROSPATT JR 1934, 49 ff., 61 ff.; LAUE AcP 140 (1935), 64, 66 ff.; SCHRICKER JZ 1970, 265, 267
zum Erwerb von Sondervermögen: vgl. die Nachweise in FN 583 sowie BATHE S. 45 ff.; LAUE aaO. S. 68 ff.; LIEB, Fschr. WESTERMANN S. 309, 318 f.; SCHRICKER aaO. S. 269 FN 47
zur Übernahme lediglich eines good will: bejahend OLG DÜSSELDORF v. 7. 10. 1931, JW 1932, 114 m. zust. Anm. BONDI; GÜLTNER S. 64 ff.; HAUSLADEN S. 92; verneinend OLG KÖNIGSBERG v. 10. 11. 31, JW 1932, 1579 m. abl. Anm. BONDI; SCHMIDT JW 1933, 2734 f.; LAUE aaO. S. 71 ff.; RÖDIG JZ 1971, 208 ff.
zum Übergang in gesamthänderisch gebundenes Vermögen: bejahend LIEB aaO. S. 317 f.; U. HUBER S. 108 f.; verneinend BGH v. 30. 6. 1954, DB 1954, 693; BGH v. 27. 11. 1963, DB 1964, 67; K. SCHMIDT DB 1973, 653, 703
zum Verhältnis zum AnfG: WILBURG, Fschr. LARENZ, S. 661 ff.; EISEMANN AcP 176 (1976), 487, 501 ff., 509 ff.

führt man § 419 BGB auf den Gedanken, daß das Vermögen die Unterlage für den gewährten Kredit darstellt, zurück. [613] Die Gläubiger sollen sich an denjenigen halten können, in dessen Händen sich die Werte, die ursprünglich ihrem Zugriff unterlagen, nunmehr befinden.

Das Geschäft des Einzelkaufmanns ist aber in keiner Weise haftungsrechtlich für die Gläubiger unternehmensbezogener Verbindlichkeiten reserviert. Die ihm gewidmeten Vermögensgegenstände unterliegen gleichfalls dem jederzeitigen Zugriff der Privatgläubiger; wie auch umgekehrt sich die Geschäftsgläubiger an das Privatvermögen halten können. Es fehlt daher an der von NICKOL [614] so genannten "objektiven Vollstreckungsfähigkeit" des Handelsgeschäfts gegenüber bestimmten Gläubigern. § 419 BGB ist daher nicht schlechthin anwendbar. [615]

HAUSLADEN hält das Erfordernis der "objektiven Vollstreckungsfähigkeit" schlicht für gesetzwidrig, weil die Ratio des § 419 BGB auch die Veräußerung von Sondervermögen erfasse. [616]

Dabei versäumt er es jedoch, den Begriff des Sondervermögens zum Gesamtvermögen in Beziehung zu setzen. Keinesfalls verdient jeder irgendwie durch Zweck, Organisation o.ä. herausgehobene Vermögensteil die Behandlung nach § 419 BGB. Dessen Aufgabe ist gerade und ausschließlich die Neutralisierung von Gläubigerbeeinträchtigungen. Diese sind aber nur dann erweislich, wenn das gesamte Vermögen oder ein Teil daraus, der einer bestimmten Gläubigergruppe zur ausschließlichen und bevorzugten Befriedigung zugedacht ist, übertragen wird. Das Gesetz schützt nicht vor Veränderungen in der Zusammensetzung des Vermögens, sondern nur vor seinem Totalverlust. [617]

---

613) seit RG v. 17. 10. 1908, RGZ 69, 283, 288 unbestritten

614) S. 10 ; ähnlich SCHMIDT JW 1933, 2734, 2735

615) so auch die h.M., vgl. die Nachweise in FN 579

616) S. 64 ; ebenso GÜLTNER S. 63 ff.

617) vgl. die Literatur zum Entgeltproblem in FN 582; ebenso wohl jetzt auch der BGH, wenn auch erst bei Berufung auf die Haftungsbeschränkung.

Die undifferenzierte Anwendung des § 419 BGB auf die Veräußerung einzelkaufmännischer Handelsgeschäfte führt zu einer Besserstellung der Geschäftsgläubiger. Schuldenfreiheit des Erwerbers bzw. der übernehmenden Handelsgesellschaft vorausgesetzt, steht ihnen nunmehr das Vollstreckungssubstrat, in das sie sich vorher mit den Privatgläubigern teilen mußten, allein offen. Zusätzlich können sie sich an das Privatvermögen von Veräußerer und Erwerber halten. Das geht über die allgemein mit § 419 BGB verbundene Verdoppelung der Haftungsmasse weit hinaus. [618] Die Grenze der von dieser Vorschrift gewährten Begünstigung - Anordnung einer Schuldübernahme, mithin Schaffung eines zweiten Schuldners - wird hier bei weitem überschritten. Entsprechend werden Gläubiger nicht-unternehmensbezogener Verbindlichkeiten hintangesetzt. Von solchen Ungleichbehandlungen weiß das Gesetz nichts.

Das dürfte auch den Anhängern der Gegenmeinung klar sein. Wenn sie trotzdem der Anwendung des § 419 BGB das Wort reden, dann hat das andere, tieferliegende Gründe. KOUMANTOS spricht sie mit aller Deutlichkeit aus, wenn er dem ursprünglichen Sinn und Aufgabenbereich des § 419 BGB den besonderen bei der Unternehmensveräußerung gegenüberstellt: "Wegen der besonderen, begriffsnotwendigen Kreditbedürftigkeit des Unternehmens sollen die Unternehmensgläubiger so sicher gestellt werden, daß sie ungehindert dem Unternehmen Kredit gewähren können...". [619] Hinter diesen Erwägungen steht nichts anderes als der oben dargelegte enge Zusammenhang zwischen dem Geschäft und seinen Außenbeziehungen. [620] Ausführungen bei HELLWIG, VON GIERKE,

---

618) Zur Verdoppelung der Haftungsmasse im Normalfall, die vom BGH nicht beseitigt wurde und auch nicht beseitigt werden konnte, vgl. die Beispiele bei SCHRICKER aaO. S. 265 und EISEMANN AcP 176 (1976), 487, 510 f.

619) S. 131

620) s.o. S. 43 f. - vgl. KOUMANTOS aaO.: "Diesem Gedanken entspricht die rechtskonstruktive Auffassung, die die Unternehmensschulden als Element des Unternehmensganzen erscheinen läßt."

GÜLTNER und HAUSLADEN [621] gehen in die gleiche Richtung. Das Spezifikum der Geschäftsbeziehungen bzw. der daraus resultierenden Verbindlichkeiten soll über den Inhaberwechsel hinweg bewahrt werden. § 419 BGB wird also mehr oder weniger offen dazu benützt, das von den §§ 25 II, 28 II HGB in den Gläubigerschutz gerissene Loch wieder zu schließen. Die Normen des HGB über die Geschäftsveräußerung sind im Grunde keine handelsrechtlichen Verlängerungen des § 419 BGB, wie HAUSLADEN behauptet [622]; vielmehr wird der aus dem allgemeinen Schuldrecht stammende § 419 BGB als Versatzstück einer für unbefriedigend gehaltenen handelsrechtlichen Vorschrift gehandhabt.

Die methodischen Bedenken, die ein solches Vorgehen erweckt, liegen klar auf der Hand: Da der Gesetzgeber insoweit im HGB eine eindeutige Anordnung getroffen hat, fehlt es an einer Lücke, die durch analoge Anwendung des § 419 BGB aufzufüllen wäre. Den Gläubigerschutz, den HELLWIG und VON GIERKE für nötig halten, hat das HGB, wie sich aus dem Fehlen einer Vollstreckungsreservierung und den §§ 25 II, 28 II HGB ergibt, gerade nicht gewollt. Dem BGB ist er völlig fremd, weil es eine ausgleichswürdige Benachteiligung nur bei Übertragung des gesamten dem Gläubigerzugriff unterliegenden Vermögens anerkennt.

Es bleibt damit bei der Formel des REICHSGERICHTs [623], wonach § 25 HGB und § 419 BGB sich nicht decken, aber auch nicht ausschließen. Beim Vorhandensein nicht unerheblichen Restvermögens in der Hand des Veräußerers scheidet § 419 BGB aus. Zu Friktionen mit der Gestaltungsfreiheit der §§ 25 ff. HGB kommt

---

621) HELLWIG S. 401 ff.; O.V. GIERKE, Fschr. MARTITZ, S. 74 f.; HAUSLADEN S. 85, 89, 90 ff.; GÜLTNER S. 62 f. ("kein reiner Personalkredit, sondern ein in der Form des Personalkredits gewährter Realkredit")

622) S. 87

623) RG v. 17. 10. 1908, RGZ 69, 283, 290 f.

es nur dann, wenn der Veräußerer sein gesamtes Aktivvermögen überträgt. Dies muß, solange § 419 BGB nicht allgemein als "rechtspolitisch einseitige Norm, die einen Systembruch darstellt und keine tragfähige Grundlage hat", [624] erkannt und aus dem BGB entfernt worden ist, hingenommen werden.

V. § 1409 ABGB

Eine abweichende Rechtslage finden wir in Österreich. Das ABGB gewährt einen Gläubigerschutz, der den Vorstellungen HELLWIGs und VON GIERKEs sehr nahe kommt, ohne sie jedoch voll zu verwirklichen. [625]

§ 1409 ABGB knüpft nicht an das gesamte Vermögen des Veräußerers an, sondern läßt den Übergang eines Vermögenskomplexes, der eine wirtschaftliche Einheit darstellt, ausreichen. [626] Dem liegt der Vermögensbegriff des gemeinen Rechts, der von einem Inbegriff aller Aktiva und Passiva ausging [627], zugrunde. Es werden auch Sondervermögen erfaßt, die nicht für eine bestimmte Gläubigergruppe reserviert sind. [628] Das Unternehmen als Gegenstand eines Erwerbsvorganges hat sogar unmit-

624) so die Beurteilung von WILBURG, Fschr. LARENZ, S. 661, 671. - Die Chancen für eine Streichung dürften durch BGH v. 19. 2. 1976 aaO. stark gesunken sein. Umso wichtiger ist eine sachgerechte Auslegung.

625) Zu § 1409 ABGB in rechtsvergleichender Hinsicht nehmen KOUMANTOS S. 125 ff.; SCHLÜTER S. 71 ff.; DOMKE S. 68 und EISEMANN AcP 176 (1976), 487, 499 ff. Stellung. Die Auslegungsprobleme, die bei dieser Vorschrift in nicht geringerer Zahl als bei § 419 BGB auftreten, behandelt KOZIOL JBl. 1967, 550 ff.

626) KLANG-WOLFF S. 357 m.w.N.

627) ENNECCERUS-NIPPERDEY S. 842 m.w.N. in FN 10, 11. - Zum Vermögensbegriff des BGB s. ebenda S. 843 f. und LARENZ, AT, S. 252 ff.

628) KLANG-WOLFF aaO. ("kraft Ähnlichkeitsschlusses")

melbar in den Tatbestand der Norm Eingang gefunden. [629] Der Übernehmer einer selbständig organisierten Erwerbsgelegenheit haftet ohne die Möglichkeit eines Ausschlusses für die Verbindlichkeiten des Veräußerers. Wegen der Beschränkung auf den Wert des Übernommenen greift § 1409 ABGB aber nur dort ein, wo ein Erwerb zu Eigentum erfolgt. [630] Für Unternehmensnießbrauch und Pacht bleibt es damit bei der Anwendung des § 25 HGB.

§ 1409 ABGB verlangt allerdings, daß der Erwerber die zum Unternehmen gehörenden Schulden im Zeitpunkt der Übergabe kannte oder doch wenigstens kennen mußte. Für den Schutz der Geschäftsgläubiger bedeutet das naturgemäß eine empfindliche Einschränkung. Von daher ist es sicher richtig, wenn KOUMANTOS die Verdinglichung des Gläubigerrechts in § 1409 ABGB schwächer ausgeprägt sieht als in § 419 BGB. [631]

Als gesetzliche Anordnung eines Parteiwechsels in unternehmensbezogenen Schuldverhältnissen wird man § 1409 ABGB kaum auslegen können. [632] Zwar wurde das allseitige Interesse an der Fortsetzung speziell von Dauerschuldverhältnissen von den Gesetzesverfassern erwähnt. [633] § 1409 S. 2 ABGB zeigt jedoch, daß dies unmöglich die Rechtsfolge einer Unternehmensveräußerung sein kann.

---

629) allerdings erst in der III. Teilnovelle zum ABGB von 1916. - zum Begriff KLANG-WOLFF S. 356: "jede selbständige organisierte Wirtschaftseinheit". Ein Unternehmensteil reicht aus, wenn er eine selbständige Betriebsmöglichkeit bietet.

630) KLANG-WOLFF aaO.

631) S. 127; zusätzlich weist er auf die lediglich wertmäßige, nicht gegenständliche Begrenzung der Haftung hin.

632) ebenso KREJCI ÖJZ 1975, 449, 454

633) Nachweis bei KOZIOL JBl. 1967, 550, 556 in FN 36; zur Entstehungsgeschichte auch STEINWENTER ZBl. 1934, 401 ff., wonach der Gesetzgeber einen Kompromiß zwischen Gläubigersicherung und Veräußerbarkeit der Betriebe anstrebte (S. 402).

Von unserem Verständnis der §§ 25 ff. HGB ist § 1409 ABGB damit weit entfernt. Seine Stringenz läßt es lohnender erscheinen, angeschlagene Unternehmen auszuschlachten und einen Neubeginn zu wagen, als nach Abwurf von Ballast auf der Basis des Bestehenden weiterzuarbeiten. Nur bei substantiellen Forderungsnachlässen der Gläubiger kann die Fortführung eines in Schwierigkeiten geratenen Unternehmens gelingen. § 1409 ABGB verlagert damit die Entscheidung über eine Sanierung vom Erwerber auf die - Banken und Großgläubiger einmal ausgenommen - am wenigsten über die wirkliche Lage informierte Gruppe - eine nicht eben glückliche Regelung. [634]

VI. Art. 181 OR

In völlig anderer Weise hat die Schweiz den Geschäftserwerb geregelt. Art. 181 OR [635] knüpft die Übernahme der Altschulden an ein bestimmtes Verhalten des Erwerbers. Nur wenn und soweit [636] zu dem Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Geschäftsinhaber noch eine speziell adressierte oder an die Öffentlichkeit gerichtete Bekanntmachung tritt, haftet er für die vom Veräußerer begründeten Verbindlichkeiten. Die Schweizer Regelung bevorzugt damit ausdrücklich die Interessen des Erwerbers gegenüber denen der Geschäftspartner. Mit den Normen des HGB ist sie insofern verwandt, als auf eine zwingende Haftungsanordnung verzichtet wird. Der Regelungsmechanismus ist jedoch ein anderer. Es fehlt die dem deutschen Recht eigentüm-

---

634) Zwar tauchen auch im deutschen Recht in nicht unerheblicher Zahl Forderungsnachlässe auf. Wegen § 25 II HGB befindet sich der Erwerber den Altgläubigern aber in einer sehr viel besseren Position.

635) Siehe dazu KOUMANTOS S. 105 ff.; SCHLÜTER S. 71 ff.; DOMKE S. 66; EISEMANN AcP 176 (1976), 487, 497 ff.

636) es ist nicht nötig, daß alle Passiva übergehen, vgl. BECKER S. 833.

liche Grundsatzentscheidung für den Fortbestand der Geschäftsbeziehungen mit dem neuen Inhaber. Zudem wird die Schuldübernahme - vom Übergang der Vertragsposition als Ganzes spricht Art. 181 OR ebensowenig wie § 1409 ABGB - dem Gesetzeswortlaut nach allein in das Belieben des Erwerbers gestellt, was aber nicht viel besagen will, da eine entsprechende Bekanntmachung wohl stets ihre Grundlage im abgeschlossenen internen Vertrag finden wird. [637]

In den wesentlichen Punkten stimmt Art. 181 OR mit der Rechtsprechung des REICHSOBERHANDELSGERICHTs überein. [638]

Ein Unterschied besteht lediglich in der Behandlung von Mängeln des Innenverhältnisses. Während das ROHG hier eine Berufung auf den Übernahmevertrag im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs ausschließen wollte [639], verlangt Art. 181 OR die Gültigkeit des Erwerbsgeschäfts. [640] Die Schweizer Regelung bringt damit aus einer individualistisch-privatautonomen Tendenz heraus eine rechtstechnische Vereinfachung der Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten, entbehrt aber der im deutschen Recht enthaltenen ordnungspolitischen Komponente, die auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Güteraustausches abzielt.

---

637) so auch GERLACH S. 13

638) s.o. bei FN 302 ff.

639) s.o. bei FN 303

640) BECKER S. 837

3. Teil

Zusammenfassung und Konkretisierung der bislang gewonnenen Ergebnisse

Bevor wir uns näher mit der Reichweite der die §§ 25, 28 HGB tragenden Gedanken befassen, soll das bisher Erörterte kurz zusammengefaßt werden. Daran anschließend wird versucht, die Kriterien, an die die in den §§ 25, 28 normierten Rechtsfolgen anknüpfen, auf das Unternehmen als Gegenstand der Transaktion rückzubeziehen und so ein Leitbild zu entwickeln, das eine verläßliche Basis für die Erweiterung des Adressatenkreises über die unmittelbar vom Gesetz angesprochenen Handelsgeschäfte hinaus bietet.

§ 11 - Zusammenfassung

Die §§ 25, 28 HGB befassen sich mit dem Erwerb von Handelsgeschäften durch einen beliebigen Dritten bzw. eine Personenhandelsgesellschaft, an der der Übertragende beteiligt ist. Aus der Vielzahl der vorkommenden Fälle dieser Art greift das Gesetz nur diejenigen heraus, bei denen der Gegenstand der Übernahme über ihren Zeitpunkt hinaus fortbestehen soll. Alle übrigen Konstellationen bleiben außerhalb der getroffenen Regelung. Daß dem so ist, rührt aus einer weiteren, vom Gesetz gemachten Einschränkung her: Die §§ 25, 28 beschäftigen sich nicht mit der Gesamtheit aller bei einer Unternehmensveräußerung auftretenden Probleme, sondern betreffen lediglich das Schicksal der in der Hand des Veräußerers gewachsenen Geschäftsverbindungen. Ihr Fortbestand über die Transaktion hinweg, der nur sinnvoll ist, wenn das Unternehmen weiterexistiert, ist alleiniger Gegenstand der §§ 25, 28 HGB. Sie wollen Fehlsteuerungen der Geschäftsbeziehungen, wie sie angesichts des Zwiespalts zwischen rechtlicher Zuordnung der Leistungsverhältnisse und wirtschaftlicher Zugehörigkeit zum Handelsgeschäft leicht auftauchen können, dadurch unterbinden, daß sie den Gleichlauf beider im Fall des Unternehmenserwerbs sicherstellen.

Diese Anordnung des Übergangs aller geschäftsbezogenen Vertragsverhältnisse auf den Erwerber ist jedoch nicht zwingend. Das Ge-

setz drängt die getroffene Entscheidung den Veräußerungsparteien nicht auf, sondern beläßt ihnen ihre Dispositionsfreiheit. Auf diese Weise wird den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles Rechnung getragen und gleichzeitig sichergestellt, daß mangelhafte Außenbeziehungen eines ansonsten lebensfähigen Unternehmens nicht zwangsläufig zu seinem Ausscheiden aus dem Wirtschaftsprozeß führen.

Von dieser Warte aus kommt den §§ 25, 28 HGB eine wirtschaftspolitisch-ordnende Funktion zu. Indem sie die Wahrscheinlichkeit von Marktstörungen im Gefolge von Veränderungen im Inhaberbestand der Handelsgeschäfte absenken, fördern sie die Funktionsfähigkeit des gesamtwirtschaftlichen Güteraustausches. In diesem Sinne reichen sie über den so oft betonten Schutz der beteiligten Verkehrskreise - Kredit- und Warengläubiger bzw. -schuldner sowie der Veräußerungsparteien selbst [641] - weit hinaus. [642]

§ 12 - Der Unternehmensbegriff der §§ 25, 28 HGB

Die eben skizzierte Deutung der §§ 25, 28 HGB stützt sich auf die Erkenntnis, daß beide Normen nicht losgelöst von ihrem ökonomischen Hintergrund gesehen werden dürfen. Es wurde wiederholt darauf hingewiesen, daß die arbeitsteilige Gesamtwirtschaft ein Geflecht von Austauschbeziehungen zwischen den wirtschaftenden Einheiten ausbildet, bei denen das Interesse an der Erbringung der Leistung im Vordergrund steht, während die Person des Erbringenden zurücktritt. Bezieht man dies auf den Gegenstand der Transaktion, die die §§ 25, 28 HGB steuern wollen, dann erhält man die Kriterien, an die diese Normen anknüpfen

---

641) vgl. GERLACH, MORISSE, SÄCKER, SCHLÜTER, SCHRICKER einerseits, BÖRNER andererseits sowie die Ansicht von KREJCI

642) ausführlich zur Funktion der §§ 25 ff. HGB s.o. S. 49 ff.

und damit den Unternehmenstyp, den sie im Auge haben. [643]

Die §§ 25, 28 HGB heben ersichtlich auf das Vorhandensein einer wirtschaftenden Einheit ab, die nach außen hin auftritt. Ohne anbietendes bzw. nachfragendes Tätigwerden ist die Entstehung von Außenbeziehungen und damit der Konfliktlage der §§ 25, 28 HGB nicht denkbar. Die lediglich introvertierte Produktion ausschließlich für den eigenen Bedarf scheidet von daher aus.

Und eine weitere Grenze läßt sich nach dem Gesagten zwanglos ziehen: Wo wir in generalisierender Betrachtung keine Parallelität der Interessen in Richtung auf einen Erhalt der Unternehmensbindung nachweisen können, finden die §§ 25, 28 HGB keine Anwendung. Wenn die persönliche Leistungserbringung durch den Unternehmer im Vordergrund steht - was die Existenz einer u. U. beträchtlichen Organisation nicht notwendig ausschließt -, dann fehlt es an einem den automatischen Übergang der Vertragsposition auf den Erwerber rechtfertigenden Grund. Von der oben herausgestellten "Verdinglichung" der Leistungsbeziehung, die ihre "Negotiabilisierung" im Gefolge hat, kann hier keine Rede sein.

---

643) Dieser ganz speziell aus zwei Vorschriften des HGB abstrahierte Begriff des Unternehmens unterscheidet sich naturgemäß von den bei Th. RAISER, passim und RAISCH, Gesch. Vor., S. 179 - 227 entwickelten Konzeptionen. Die §§ 25, 28 HGB erfassen ja nur einen schmalen Sektor des Unternehmensgeschehens - eben die Außenbeziehungen im Stadium der Unternehmensveräußerung. Immerhin sind Rückschlüsse auf einen allgemeinen Unternehmensbegriff möglich und sollten auch gezogen werden. So wird man den §§ 25 I, 28 I HGB eine gesetzgeberische Wertentscheidung zugunsten der Zusammengehörigkeit von Unternehmen und Geschäftsbeziehungen entnehmen müssen, ohne jedoch die Möglichkeit einer abweichenden Disposition übersehen zu dürfen. Der Gesetzgeber sah hier wohl einen Zusammenhang, aber keine unbedingte Zusammengehörigkeit. Von daher lassen sich die §§ 25, 28 HGB nicht als Anhaltspunkte für eine Rechtssubjektivierung des Unternehmens im Sinne von Th. RAISER begreifen, wenn auch die §§ 25 I, 28 I HGB in diese Richtung zu deuten scheinen.
Im vorliegenden Zusammenhang kann dem jedoch nicht nachgegangen werden.

Das bedeutet nun nicht, daß Dienstleistungsunternehmen generell von der Geltung der §§ 25, 28 HGB freigestellt sind. Zwar wird hier regelmäßig ein höherer Grad an Personenbezogenheit vorliegen - man denke an die Tätigkeit eines Handelsvertreters, Maklers oder eines Beförderungsunternehmers -, der sich von dem bei auf Sachleistungen gerichteten Beziehungen unterscheidet. Das ist aber nicht entscheidend. Grundsätzlich richtet sich das Vertrauensverhältnis auch hier auf den Unternehmer als Inhaber einer bestimmten Organisation. Es sind jedoch Typen von Wirtschaftseinheiten denkbar, bei denen unverzichtbares Element der Geschäftsbeziehungen die Leistung gerade durch den gewählten Partner ist. Sie fallen, worauf noch näher einzugehen sein wird, aus dem Anwendungsbereich der §§ 25, 28 HGB heraus.

4. Teil

Der Adressatenkreis der §§ 25, 28 HGB

§ 13 - Der Meinungsstand

Das REICHSOBERHANDELSGERICHT [644] und das REICHSGERICHT [645] wurden bereits vor Erlaß des HGB mit der Frage nach der Anwendbarkeit der zur Unternehmensveräußerung entwickelten Grundsätze auf minderkaufmännische Geschäfte befaßt. Zu einer klaren Entscheidung vermochten sich beide jedoch nicht durchzuringen.

Kurz nach dem 1. 1. 1900 mußte sich das REICHSGERICHT mit einem entsprechenden Fall befassen. [646] Der Erwerber hatte ein nicht eingetragenes "Möbelgeschäft nebst Tischlerei und allen vorhandenen Waren, Holz- und anderen Vorräten, Hobelbänken und Werkzeugen" übernommen und unter dem bürgerlichen Namen des Veräußerers fortgeführt. Das LG POSEN bejahte Kaufmannseigenschaft und Firmenfähigkeit, so daß es § 25 HGB unmittelbar anwenden konnte. Das OLG POSEN sah hierin ein Problem, sprach aber der Eintragungsfähigkeit letztendlich keine entscheidende Rolle zu. § 25 I HGB müsse jedenfalls auf den Minderkaufmann, der sich als Vollkaufmann ausgibt, Anwendung finden.

Der I. Zivilsenat des REICHSGERICHTs entschied anders. Danach schließt § 4 HGB die Minderkaufleute von der Geltung des gesamten 3. Abschnittes des 1. Buches, zu dem § 25 HGB gehört und ausweislich der DENKSCHRIFT auch gehören soll, vollständig aus. Zwar wird anerkannt, daß bei Vollkaufleuten die Eintragung bedeutungslos ist. Der Senat weist jedoch darauf hin, daß der Name des Minderkaufmanns gerade keine Firma ist, so daß seine Beibehaltung nicht die Rechtsfolgen des § 25 I HGB nach sich zieht.

Erst ein halbes Jahrhundert später war diese Konstellation erneut Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungsfindung. [647]

---

644) Urteil v. 2. 12. 1876, s.o. bei FN 318
645) Urteil v. 20. 4. 1887, s.o. bei FN 387
646) Urteil v. 8. 6. 1903, RGZ 55, 83 ff.
647) RGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 234 ff.

Am 23. 12. 1954 hatte der Veräußerer seine Bäckerei nebst Filiale und Inventar verkauft, führte sie aber kraft eines vom gleichen Tage datierenden Pachtvertrages fort. Der Erwerber kündigte das Pachtverhältnis kurz darauf fristlos. Er betrieb die Bäckerei nunmehr selbst und behielt aufgrund vertraglicher Gestattung die alte Bezeichnung "Bäckerei S." bei.

Das KAMMERGERICHT ließ ebenso wie vordem das OLG POSEN die Geltung des § 4 HGB dahingestellt, da sich der Veräußerer jedenfalls als Vollkaufmann aufgeführt und einen Firmenschein gesetzt habe, der vom Erwerber perpetuiert worden sei.

Der II. Zivilsenat des BUNDESGERICHTSHOFs folgt dem nicht und verweist zu näherer Sachaufklärung zurück. § 25 HGB sei eine Ausnahmeregelung, die nur bei Vorliegen aller Voraussetzungen Geltung beanspruchen könne. Zwar sei eine Firma "Bäckerei S." durchaus möglich - wenn auch nur über Art. 22 EGHGB -, dies ändere aber nichts daran, daß sie bei einem Minderkaufmann wegen § 4 HGB keine Firma ist, weshalb es am entscheidenden Tatbestandsmerkmal des § 25 HGB fehlt. Die Haftung aus dem allgemeinen Rechtsscheingedanken heraus scheiterte daran, daß keine vertrauensindizierte Disposition vorgetragen war.

Zum Anwendungsbereich des § 28 HGB mußte der III. Zivilsenat des REICHSGERICHTs am 5. 2. 1924 Stellung nehmen. [648] § 4 HGB verbietet seiner Ansicht nach nur die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft durch Minderkaufleute. Wenn im Wege des Beitritts wegen des nunmehr vollkaufmännischen Charakters des Geschäfts eine oHG bzw. KG entsteht, finden auf diese über § 6 I HGB unbedenklich die für Vollkaufleute geltenden Normen, zu denen auch § 28 HGB gehört, Anwendung. Ob der frühere Einzelkaufmann firmenführungsbefugt gewesen ist, ist dabei ohne Belang.

Ebenso äußert sich das OLG HAMBURG in einem Urteil vom 10. 6. 1931. [649] Es beruft sich darauf, daß die Fortführung des Geschäfts die Belastung mit den Altschulden rechtfertige. Damit

---

648) Recht 1924, Nr. 404

649) HansRuGZ 1931, S. 670 f.

wird zumindest verbal an die bereits referierte Rechtsprechung des HANDELSGERICHTS HAMBURG, die auf die Fallitenordnung von 1753 zurückgeht, angeknüpft. [650]

Auf der gleichen Linie liegt auch ein Urteil des II. Senats des REICHSGERICHTs vom 8. 6. 1940. [651] Darin wird betont, daß der Wortlaut des § 28 I HGB die Anwendung auf minderkaufmännische Handelsgeschäfte nicht ausschließt, da ja auch der Minderkaufmann ein Kaufmann iSd HGB ist. Den Verzicht auf das Erfordernis der Firmenfortführung faßt das RG als ausdrückliche Erweiterung des Adressatenkreises auf, ohne dieser Differenzierung jedoch im einzelnen nachzugehen.

Auf die damit statuierte Ungleichbehandlung von Voll- und Teilerwerb minderkaufmännischer Unternehmen weist DIETRICH [652] in einer Anmerkung hin. Um dem zu begegnen will er die §§ 17 bis 37 HGB als Einheit behandelt wissen und Minderkaufleute wegen § 4 HGB von ihrer Geltung völlig ausschließen.

Der BUNDESGERICHTSHOF hatte sich zunächst mit der gemeinschaftlichen Fortführung nichtkaufmännischer Unternehmen zu befassen. In beiden Fällen ging es um Lichtspieltheater, die zwar die Voraussetzungen des § 2 HGB erfüllten, aber nicht eingetragen waren.

Der VIII. Zivilsenat wendet die vom REICHSGERICHT entwickelten Grundsätze entsprechend an und bejaht die Geltung des § 28 I HGB. [653] Dabei wird allerdings nicht ganz klar, ob er sich die Tragweite seiner Entscheidung hinreichend verdeutlicht hat. Manches spricht dafür,daß man irrig von einer Kaufmannseigen-

650) s.o. bei FN 320 bis 322

651) RGZ 164, 115 ff.

652) DR 1940, 1463

653) Urteil v. 17. 12. 1959, LM Nr. 3 a zu § 28 HGB

schaft des Veräußerers nach §§ 1, 4 HGB ausging. [654]

Nur kurze Zeit später und den Ausführungen FISCHERs [655] zufolge ohne Kenntnis dieses Urteils entscheidet der II. Zivilsenat genau entgegengesetzt. [656] Er enthält sich einer Stellungnahme zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung und beruft sich auf den Gesetzeswortlaut: Vor der Eintragung ist der Sollkaufmann noch nicht Kaufmann iSd HGB, so daß es schon am Eintritt in ein bestehendes einzelkaufmännisches Geschäft fehlt.

KRAUSE [657] macht demgegenüber in seiner Kritik geltend, daß "je nachdem, ob der neue Inhaber in ein Wäschegeschäft, eine Wäscherei oder ein Wäscheverleihinstitut eintritt ..." für den Gläubigerschutz "... der Umfang (§ 1 II Ziff. 1, § 4 HGB), die Art (§ 1 II Ziff. 2) oder die Eintragung (§ 2) des bisherigen Unternehmens" entscheidet. Gleichwohl stimmt er der Entscheidung zu, weil er eine Befugnis der Rechtsprechung zur Korrektur der §§ 1 ff. HGB leugnet. [658]

In einem Urteil vom 6. 7. 1966 schließt sich der VIII. Zivilsenat noch einmal der - diesmal zweifellos einschlägigen - Rechtsprechung des REICHSGERICHTs an. [659] Wie sehr dessen Ansicht inzwischen Gemeingut geworden war, zeigt eine Entscheidung des II. Zivilsenats vom 29. 11. 1971, [660] bei der das übernommene Möbelgeschäft auch nach dem Eintritt eines Teilha-

---

654) vgl. die Passage: "War er überhaupt Kaufmann und sein Geschäft firmenfähig, ..., so genügte es zur Haftung nach § 28 HGB, daß durch den Eintritt eines Dritten, ..., eine oHG entstand ..."
Näher dazu bei TIEFENBACHER BB 1960, 190

655) in LM Nr. 3 zu § 28 HGB

656) Urteil v. 7. 1. 1960, BGHZ 31, 397 ff.

657) JZ 1960, 321

658) Zur Anwendung handelsrechtlicher Normen auf bürgerlichrechtliche Sachverhalte mit unternehmerischem Einschlag vgl. RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, passim

659) LM Nr. 5 zu § 28 HGB

660) WM 1972, 21

bers noch minderkaufmännischen Zuschnitt hatte. Der Senat stellt lediglich in lakonischer Kürze fest, § 28 HGB "komme nicht in Betracht, weil durch den Eintritt des Beklagten ... keine KG entstanden ist". Erwägungen zur Haftung kraft Rechtsscheins oder zur normerweiternden Rechtsfortbildung werden nicht angestellt. [661]

Der skizzierten Rechtsprechung ist das Schrifttum bis auf wenige Ausnahmen in unkritischer Übernahme ihrer Ergebnisse gefolgt. So ist es allgemeine Meinung, daß § 25 HGB auf minderkaufmännische und daher firmenlose Handelsgeschäfte keine Anwendung findet. [662] Allenfalls über allgemeine Rechtsscheingrundsätze wird der Erwerber einem Altgläubiger gegenüber verhaftet. [663] Lediglich § 25 III HGB soll nach Ansicht einiger Autoren unmittelbar [664] oder doch wenigstens analog [665] zum Zuge kommen, weil es unerträglich scheint, wenn der Übernehmer trotz Bekanntmachung nicht hafte. [666]

SCHRICKER [667] hält der h. M. vor, sie überdehne in ihrer Argumentation mit dem Ausschluß von der Firmenführung die Reichweite des § 4 HGB. Dessen Schutzzweck sei jedenfalls dann nicht

---

661) Eine ausführliche Stellungnahme unter dem Aspekt der "KG bürgerlichen Rechts" findet sich bei K. SCHMIDT, DB 1973, 653, 703 ff.

662) STAUB-BONDI § 25 Anm. 6; WÜRDINGER § 25 Anm. 4, § 4 Anm. 20; HEYMANN-KÖTTER § 25 Anm. 3; O.V. GIERKE, DPrivatR, S. 241 FN 120; COSACK S. 224, 225; HÄMMERLE S. 115; J.V. GIERKE-SANDROCK S. 221; SCHLÜTER S. 39; PISKO, Ehrenbergs Handbuch S. 255; M. WOLFF, ZHR Bd. 47 (1898), 247, 256 FN 27; BOLTE ZHR Bd. 51 (1902), 413, 433

663) J.V. GIERKE-SANDROCK aaO., SCHLÜTER aaO.

664) MUNK, Gruchot Bd. 40 (1896), 697, 718; EHRENBERG, Ehrenbergs Handbuch, S. 123; MÜLLER-ERZBACH S. 62

665) BRÜGGEMANN § 4 Anm. 20

666) BRÜGGEMANN aaO.

667) ZGR 1972, 121, 155 f.

tangiert, wenn das bislang minderkaufmännische Unternehmen in der Hand des Erwerbers zu einem vollkaufmännischen erstarkt. Folgerichtig differenziert er danach, ob der Übernehmer unter § 4 HGB fällt - dann können lediglich die allgemeinen Rechtsscheingrundsätze eingreifen - oder nicht.

Diese Ansicht hat den Vorzug, die von DIETRICH [668] und MORISSE [669] bemängelte Ungleichbehandlung von Voll- und Teilerwerb zu beseitigen, da die überwiegende Meinung seit der Entscheidung des REICHSGERICHTs vom 5. 2. 1924 [670] im Rahmen des § 28 HGB ebenso abgrenzt. [671]

Die Differenzierung nach dem vollkaufmännischen Charakter des Unternehmens in der Hand des Erwerbers ist allerdings nicht unangefochten. Bereits DOMKE hielt sie wegen der grundsätzlich identischen Interessenlage der Altgläubiger für unzutreffend und regte de lege ferenda eine Gleichbehandlung an. [672] Im Anschluß an die Entscheidung des BUNDESGERICHTSHOFs vom 29. 11. 1971 [673] hat sich K. SCHMIDT eindringlich für eine Sicherstellung der unternehmerischen Haftungskontinuität auch bei nicht- oder minderkaufmännischen Unternehmen ausgesprochen und eine dahingehende Korrektur der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht vorgeschlagen. [674] Bedenken gegen eine entsprechende Rechtsfortbildung hegt er ebensowenig wie LIEB, von dem die

---

668) DR 1940, 1463

669) S. 80 f.

670) s.o. bei FN 648

671) WÜRDINGER § 28 Anm. 2; STAUB-BONDI § 28 Anm. 3; DÜRINGER-HACHENBURG-HOENIGER § 28 Anm. 2; KOENIGE-TEICHMANN-KOEHLER § 28 Anm. 1; BAUMBACH-DUDEN § 28 Anm. 1 C; A. HUECK S. 49 FN 51; MORISSE S. 83; GERLACH S. 60; LEHMANN-DIETZ S.134; KRAUSE JZ 1960, 321; KRABBENHÖFT Rpfl. 1957, 158, 163

dagegen: DIETRICH DR 1940, 1463; HEFERMEHL MDR 1957, 157 f.; FISCHER in LM Nr. 3 zu § 28 HGB

672) S. 95

673) s.o. bei FN 660

674) DB 1973, 653 ff., 703 ff.; JZ 1974, 219, 220

eingehendste Untersuchung der Problematik stammt. [675]

LIEB folgert das Bedürfnis nach einer Analogie zu § 28 HGB aus der Verschlechterung der Vollstreckungschancen, die die Überführung eines nicht- oder minderkaufmännischen Unternehmens in Gesamthandseigentum für die Altgläubiger zur Folge hat. [676] Ihr Zugriff wird durch diesen Vorgang auf das Auseinandersetzungsguthaben ihres Schuldners beschränkt, bei dessen Ermittlung ihnen die zwischenzeitlich im Rahmen der gesellschaftlichen Geschäftstätigkeit begründeten Verbindlichkeiten vorgehen. Die Legitimation zu lückenfüllender Rechtsfortbildung entnimmt er dem Umstand, daß nicht- und minderkaufmännische ebenso wie vollkaufmännische Unternehmen auf die Inanspruchnahme von Kredit zur Sicherung ihrer Existenz angewiesen sind. [677]

§ 14 - Die Erstreckung auf minderkaufmännische Unternehmen

Im BGB findet sich keine Regelung über die Fortsetzung geschäftsbezogener Vertragsverhältnisse mit dem Erwerber eines Unternehmens. § 613 a BGB deutet zwar in diese Richtung, betrifft aber nur einen speziellen Sektor der Außenbeziehungen und ist seiner arbeitsrechtlichen Besonderheiten wegen nicht verallgemeinerungsfähig. § 419 BGB ordnet keine Vertragsübernahme an, sondern läßt es bei einem Schuldbeitritt bewenden.

Wir können diese Lücke durch die analoge Anwendung der §§ 25, 28 HGB auffüllen, wenn sich voll- und minderkaufmännische Unternehmen in bezug auf ihre Veräußerung derart ähnlich sind, daß eine Ungleichbehandlung als Verstoß gegen den Gerechtigkeitsgedanken erscheinen müßte. [678] Es gilt daher, die Struktur der

---

675) Fschr. WESTERMANN S. 309 ff.

676) aaO. S. 315 f.; die entgegengesetzte Wertung der Gläubigerinteressen findet sich bei BUCHNER AcP 169 (1969), 483, 497

677) aaO. S. 321

678) zu den Voraussetzungen der Analogie vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 366 ff.

Außenbeziehungen der unter § 4 HGB fallenden Geschäfte zu erörtern. Die Frage ist, ob sich die Geschäftsbeziehungen beim Überschreiten der Grenze von der Voll- zur Minderkaufmannseigenschaft oder umgekehrt in ihrer qualitativen Eigenart verändern.

Wirtschaftlich gesehen ist das sicher nicht der Fall. Auch das kleine Unternehmen hat seinen festen Platz im Geflecht der wechselseitigen Austauschbeziehungen, von dem aus es anbietend und nachfragend tätig wird. Lediglich in der Intensität seiner Teilnahme am Wirtschaftsleben, nicht aber prinzipiell unterscheidet es sich vom Handelsgeschäft vollkaufmännischen Zuschnitts.

Hinsichtlich der Wertigkeit der Außenbeziehungen in bezug auf das Unternehmensschicksal bestehen gleichfalls keine Unterschiede. Hier wie dort sind Existenz und Fortbestand der Beziehungen zu anderen Wirtschaftseinheiten notwendige Lebensgrundlage. Schließlich sind auch Fehlsteuerungen bei der Abwicklung schwebender Rechtsverhältnisse nach einer Geschäftsveräußerung denkbar, da die intern getroffenen Absprachen den Partnern zumeist verborgen bleiben werden und Fehler bzw. Versäumnisse beim Abschluß des Übernahmevertrages niemals ausgeschlossen werden können. [679]

In diesem Punkt setzen die Bedenken der herrschenden Meinung an. So geht KOUMANTOS [680] davon aus, daß eine starke persönliche Einflußnahme des Unternehmers auf den Gang der Geschäfte für Kleinunternehmen kennzeichnend ist. Entsprechend geringer fällt der organisatorische Niederschlag seiner Tätigkeit in einem von der Person ablösbaren Substrat aus. Aus diesem Umstand folgert KOUMANTOS, kleine Unternehmen seien "eigentlich unveräußerbar" und daher von der Geltung der §§ 25 ff. HGB "meistens logisch ausgeschlossen". [681] In der Terminologie des hier vertretenen

---

679) s.o. S. 48 f.

680) S.148 ff.; ähnlich BRECHER S. 139 im Ansatz

681) aaO. S. 151

Ansatzes bedeutet das, daß ein Übergang der Vertragspositionen des Veräußerers, der unter § 4 HGB fällt, stets am Grundsatz der Privatautonomie scheitern müßte. [682]

Ganz ähnlich - allerdings ohne unmittelbaren Bezug zu unserem Problem - argumentiert TH. RAISER, wenn er den Ausschluß der Kleinunternehmen des HGB vom Firmenrecht damit erklärt, daß sich "ihr Tätigkeitsbereich, statt sich in einer Organisation zu verselbständigen, in den Augen der Gehilfen und Geschäftspartner in der Person des Inhabers selbst verdichtet". [683]

Als Beschreibung eines Typus "kleines Unternehmen" in seinem tatsächlichen Erscheinungsbild wird man das akzeptieren können. Fraglich ist nur, ob sich daraus der Schluß auf die Unanwendbarkeit der §§ 25 ff. HGB ableiten läßt. Immerhin scheint der Verkehr die persönlichkeitsorientierte Unternehmensführung nicht als Hindernis für eine Veräußerung oder Vergesellschaftung minderkaufmännischer Unternehmen zu werten. Sonst dürfte es zu entsprechenden Übernahmen - und damit zu gerichtlichen Entscheidungen - überhaupt nicht kommen. In der Tat ist nicht einzusehen, warum in dem vom BGH entschiedenen Fall der "Bäckerei S." das Geschäft nach dem Ausscheiden des Veräußerers und nachmaligen Pächters nicht sollte fortgeführt werden können. [684] Und auch dem Großhändler in Tabakwaren wird es regelmäßig gleichgültig sein, ob der abnehmende Kiosk vom Minderkaufmann A oder vom Minderkaufmann B betrieben wird, solange die Beziehung nicht insgesamt notleidend wird. Ähnliches gilt für den kleinen Frachtführer, das Möbelgeschäft und den Warenhandwerker. Die Ersetzbarkeit dieser Vertragspartner ohne Veränderung der Leistungsmerkmale läßt die §§ 25, 28 HGB angemessen erscheinen. Die personenbezogene Unternehmensführung schließt die Veräußerung des Unternehmens samt seinen Außenbeziehungen nicht aus. Entscheidend ist auch hier die Natur der zu

---

682) vgl. oben S. 128 ff.

683) S. 150

684) zu BGH v. 29. 11. 1956 s. o. bei FN 647

erbringenden Leistung. [685]

Von daher gibt es minderkaufmännische Unternehmen, die derart an die Person ihres Inhabers gebunden sind, daß ihre Übertragung schlechterdings undenkbar ist. Insbesondere im Dienstleistungsbereich [686] stößt die Auffassung der Wirtschaftseinheit als von dem Wirtschaftenden ablösbares Substrat, das in der Hand eines Erwerbers in gleicher Weise am Marktgeschehen teilnimmt, an ihre Grenzen. KOUMANTOS bringt dazu das Extrembeispiel des selbständigen Arbeiters, der auf Auftraggeber wartet. [687] Hier wird niemand die §§ 25, 28 HGB anwenden wollen. Nur scheitern diese Vorschriften nicht an der mangelnden Organisationsvergegenständlichung, sondern daran, daß ein "Erwerber" sich mit einer anderen Leistung - seiner eigenen nämlich - an den Markt wenden würde. Es fehlt in diesem Fall wie in allen entsprechenden am Merkmal der Fortführung des Geschäfts. [688] Und damit entfällt, weil kein Auseinanderfallen von wirtschaftlicher und juristischer Zuordnung droht, die Konfliktlage der §§ 25 ff. HGB von selbst. Daraus ergibt sich, daß die Problematik des kleinen Unternehmens im Tatbestandsmerkmal des "Fortführens" bzw. des "Eintritts" angesiedelt werden sollte. Die Grenze des § 4 HGB ist im Lichte der §§ 25, 28 HGB zu weit gezogen und muß wegen ihrer pauschalen Wirkung außer Betracht bleiben. Sie hat ihre Berechtigung dort, wo die Komplexität des Geschäftsablaufes, die die Rechtsprechung aus einer Gesamt-

---

685) vgl. die Erwägungen in § 8 S. 130 f. sowie BRECHER S. 139: "..., das Unternehmen ist so stark durch die Persönlichkeit des Herrn individualisiert, daß es in jeder andern Hand seine besondere Eigenart nicht nur teilweise oder überwiegend, sondern eigentlich vollständig verliert... es bleibt aber im rein objektiven Erscheinungsbild doch soviel Gegenständliches, daß dieformale Identität im Verkehr gewahrt ist."

686) Nur die in § 1 II HGB aufgeführten Dienstleistungsgewerbe können von Minderkaufleuten betrieben werden. Alle übrigen sind nichtkaufmännisch, dazu sogleich.

687) S. 150; BRECHER S. 140 erwähnt den Tanzlehrer und den Musiklehrer

688) dazu näher oben in § 6 S. 113 ff.

schau von räumlicher Ausdehnung, eingesetztem Kapital, Zahl der Hilfskräfte, Arbeitsteilung, Leistungsvielfalt, Gestaltung der Geschäftsbeziehungen u. ä. entnimmt [689], bestimmte Institutionen des Handelsrechts entbehrlich erscheinen läßt. [690] Genau das ist aber bei den §§ 25, 28 HGB nicht der Fall, da sich der Verbleib der Außenbeziehungen beim Veräußerer keinesfalls von selbst versteht. Nimmt man die Rechtsähnlichkeit von minderkaufmännischen und vollkaufmännischen Unternehmen in der Struktur ihrer Geschäftsbeziehungen ernst, dann ist es nicht mehr gerechtfertigt, hinsichtlich des Übergangs nach § 4 HGB zu differenzieren.

Der Schutzzweck dieser Norm [691] wird davon nicht tangiert. Dies gilt nicht nur bei Erwerb durch einen Vollkaufmann im Fall des § 25 HGB, wie SCHRICKER [692] meint, sondern generell. Die gegenteilige Ansicht rührt daher, daß man die §§ 25, 28 HGB zu lange einseitig aus der Haftungsperspektive gesehen hat. [693] Von dieser Sicht der Dinge gilt es sich zu befreien. Sie ist verständlich angesichts der Tatsache, daß immer nur die Fälle, in denen die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen für den Erwerber so ungünstig ist, daß er sich ihrer mit allen Mitteln erwehrt,

---

689) zu den Kriterien vgl. BAUMBACH-DUDEN § 4 Anm. 1 B und RAISCH, Gesch. Vor. S. 193 ff.

690) vgl. RAISER, S. 118, mit einer überzeugenden Interpretation des § 4 HGB vom soziologischen Ansatz her.

691) vgl. dazu BRÜGGEMANN § 4 Anm. 3; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN § 4 Anm. 1; EHRENBERG, Ehrenbergs Handbuch S. 123 ff.

692) ZGR 1972, 121, 156 bei FN 137

693) s.o. S. 8 FN 16

zur Entscheidung der Gerichte gelangen. [694] Das darf aber nicht dazu veranlassen, die planvoll ordnende Wirkung, die die §§ 25, 28 HGB jenseits der Grenze pathologischer Fälle entfalten, zu übersehen. Faßt man die Schulden und Forderungen als Verrechtlichung der Lebensgrundlage des Unternehmens auf, dann wird dem Erwerber mit dem Übergang nichts Böses getan. Eher ist das Gegenteil der Fall. Eine Ausnahme bilden nur die Übernahmefälle, die sich wegen des Überwiegens der Außenstände als nachteilig erweisen. Man wird jedoch nicht ernstlich annehmen können, § 4 HGB wolle einen Schutz vor Fehlspekulationen bieten.

§ 15 - Die Erstreckung auf nichtkaufmännische Unternehmen

Mit der Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 25, 28 HGB auf Nichtkaufleute, mögen sie die Voraussetzungen des § 2 HGB erfüllen, ohne bereits eingetragen zu sein, oder noch unterhalb dieser Schwelle liegen, bewegen wir uns auf dem Weg zur Korrektur des verunglückten Normadressatenkreises des HGB ein Stück weiter.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich klar, was wir nachweisen

---

694) Die Höhe der Verbindlichkeiten, um die es in den publizierten Entscheidungen ging, war beträchtlich. Das belegt, daß es sich bei den minderkaufmännischen Unternehmen gesamtwirtschaftlich gesehen keinesfalls um eine quantité négligeable handelt.
So standen in dem Möbelgeschäft in RGZ 55, 83 ff. Forderungen aus Lieferungen über 1.735,40 M, bei dem Handelsunternehmen in RGZ 164, 115 ff. 11.700 RM und bei der Bäkkerei in BGHZ 22, 234 ff. bereits über 100.000,--DM offen. In BGH WM 1972, 21 ging es um Forderungen von über 19.000,--DM aus Warenlieferungen und Dienstleistungen an ein Möbelgeschäft. Allein bei dem Filmtheater in BGH 31, 397 ff. ging es um einen reinen Finanzkredit, der sich auf DM 10.000,-- belief.

müßten, um der herrschenden Meinung mit ihrer kategorischen Ablehnung [695] folgen zu können: eine vollständig andere Situation der nichtkaufmännischen Unternehmen bezüglich Existenz und Struktur ihrer Außenbeziehungen. Das ist aber nicht möglich. Voll- und Nichtkaufleute leben in dieser Hinsicht nach den gleichen Gesetzmäßigkeiten, so daß die Analogie zu befürworten ist. Allerdings werden die §§ 25, 28 HGB angesichts der Tatsache, daß die meisten Dienstleistungsunternehmen keine Kaufmannseigenschaft genießen [696], in einer Reihe von Fällen nicht eingreifen. Dies beruht aber dann nicht auf der Unanwendbarkeit des HGB vor der Eintragung des § 2 HGB, sondern wiederum auf der Unmöglichkeit, das Unternehmen so, wie es übernommen wird, fortzusetzen.

§ 16 - Die Erstreckung auf freie Berufe

Auch durch die Tätigkeit der freien Berufe [697] wird eine organisierte Wirtschaftseinheit geschaffen, die nach außen hin auftritt und einen mehr oder minder großen Kreis von Geschäftsbeziehungen umfaßt. Inzwischen ist auch allgemein anerkannt, daß die Unternehmen von Freiberuflern veräußert werden können. [698] Von daher scheinen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der §§ 25, 28 HGB vorzuliegen.

695) vgl. die Literatur in FN 662, 671, die eine Anwendung bereits auf Minderkaufleute ablehnt.
Ausdrücklich gegen eine Anwendung für Sollkaufleute sprechen sich BGH v. 7. 1. 1960, BGHZ 31, 397, 400 f.; WÜRDINGER § 25 Anm. 3; FISCHER in LM Nr. 3 zu § 28 HGB aus.

A.A. K. SCHMIDT DB 1973, 653, 703 ff.; LIEB, Fschr. WESTERMANN S. 309 und GERLACH S. 60, der § 28 HGB aber auf den Fall vollkaufmännischer Fortführung beschränkt wissen will.

Zur Zweifelhaftigkeit der Entscheidung des BGH v. 17. 12. 1959 s.o. bei FN 654

696) vgl. nur die Aufzählung bei BAUMBACH-DUDEN § 2 Anm. 1 A

697) Eine exakte Begriffsbestimmung "freier Beruf" gibt es nicht. Vgl. dazu sowie zur Abgrenzung vom Unternehmen RITTNER, passim und RAISCH, Gesch. Vor. S. 209 ff.

698) zur Entwicklung der gegenwärtigen Rechtslage vgl. W. MÜLLER S. 209 ff. und PALANDT-HEINRICHS § 138 Anm. 5 o)

Ein tatsächliches Bedürfnis läßt sich nicht leugnen. So weist W. MÜLLER [699] völlig zu Recht auf die umfangreichen sachlichen Hilfsmittel hin, die zum Betrieb vor allem einer Arzt-, aber auch einer Rechtsanwalts- oder Wirtschaftsprüferpraxis erforderlich sind und die regelmäßig nur im Wege der Kreditbeschaffung finanziert werden können. Mangels sachgerechter Regelung im BGB spricht er sich deshalb für die Analogie zu den §§ 25 ff. HGB aus, um einen reibungslosen Praxisübergang zu gewährleisten. [700]

Man wird hier zu unterscheiden haben: Die Beziehungen, die der Arzt, der Rechtsanwalt oder der Angehörige eines sonstigen freien Berufs in Verfolg seiner Tätigkeit anknüpft, sind ihrer Natur nach stark personenbezogen. Für die Leistungen des Freiberuflers ist ja gerade kennzeichnend, daß sie in seiner Person erbracht werden und nicht durch eine von ihr ablösbare Organisation. Es ist unabdingbar, daß "der Berufträger, der Mensch, der den betreffenden Beruf gewählt hat, selbst die ihm übertragenen und von ihm übernommenen Aufgaben erfüllt". [701] Damit paßt die von uns den §§ 25, 28 HGB entnommene Rechtsfolge nicht. Eine Durchbrechung der Privatautonomie mittels gesetzlich angeordneter Vertragsübernahme muß bei einer derartigen Personengebundenheit des Schuldverhältnisses ausscheiden. Die berufsspezifischen Außenbeziehungen der Freiberufler fallen damit aus dem Anwendungsbereich der §§ 25, 28 HGB heraus. [702]

Für die zur Beschaffung sachlicher Hilfsmittel angebahnten Verbindungen gilt diese Argumentation jedoch nicht. Die freien Berufe werden hier wie jeder beliebige Dritte tätig. Problematisch ist allenfalls die Legitimation einer Beschränkung der §§ 25 ff. HGB auf einen bestimmten, noch dazu der eigentlichen betriebli-

699) S. 217 ff.

700) S. 219 zu §§ 25, 27 HGB, S. 220 zu § 28 HGB

701) RITTNER S. 21

702) ebenso RAISCH, Gesch. Vor. S. 212 f.; anders ders. in Fschr. KNUR, S. 164, 182 zur Gründung einer Rechtsanwaltssozietät

chen Tätigkeit untergeordneten Teilbereich der Außenbeziehungen, nachdem wir bei der Übernahme eines Unternehmensteils dessen organisatorische Selbständigkeit gefordert haben. [703] Dies geschah jedoch, weil anderenfalls der Bezug der Außenbeziehungen zum Übernommenen nicht feststellbar wäre. Daran kann bei Verkauf oder Einbringung einer Praxis kein Zweifel bestehen.

Es greift aber ein anderer Gesichtspunkt ein, der die Anwendung der §§ 25, 28 HGB völlig ausschließt. Entscheidend ist doch die Fortführung der vom Veräußerer betriebenen Wirtschaftseinheit. Bei den Freiberuflern ist nun, was W. MÜLLER übersieht, [704] durchaus zweifelhaft, ob überhaupt von einer Fortführung des vom früheren (Allein-)Inhaber Übernommenen gesprochen werden kann. Es liegt sehr viel näher, die bisherige Wirtschaftseinheit mit dem Ausscheiden des Veräußerers ihr Ende finden zu lassen und beim "Erwerber" von einer Neugründung auf der Basis - bestehend aus sachlichen Betriebsmitteln sowie möglicherweise der Patienten- bzw. Klientenkartei [705] - eines gleichartigen Unternehmens auszugehen. Schließlich wendet er sich mit einer anderen Leistung, nämlich seiner eigenen und unverwechselbaren, an den Markt. Die übernommene Wirtschaftseinheit wird dadurch in einem Ausmaß verändert, das die Annahme der Identität auch in der Hand des neuen Inhabers ausschließt. Die mit dem Wechsel in der Person des Leistungserbringenden einhergehende Umgestaltung unterbricht jegliche Unternehmenskontinuität. Auch bei Bildung einer Sozietät durch Hinzutritt eines Berufskollegen ist die Fortsetzung der bisherigen Rechtsverhältnisse keineswegs so selbstverständlich, daß die Anwendung des § 28 HGB gerechtfertigt erschiene. Für die Abwicklung des Praxisverkaufs muß es daher bei den - zugegebenermaßen schwerfälligen - Regeln des BGB verbleiben.

---

703) s. o. bei FN 429 ff.

704) obwohl er auf die entsprechenden Regelungen in den Standesrichtlinien verweist (S. 226). - Richtig dagegen BRECHER S. 140 mit FN 47

705) BGH v. 7. 11. 1973, NJW 1974, 602 hat den Übergang der Originalkartei des übertragenden Arztes für zulässig gehalten. Dagegen mit Recht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Individualsphäre LAUFS NJW 1975, 1433, 1435 f.

5. Teil

Detailprobleme der Analogie

§ 17 - Die analoge Anwendung des § 28 HGB

Auf der Tatbestandsseite wirft die Erweiterung des § 28 HGB auf nicht- oder minderkaufmännische Unternehmen keinerlei Probleme auf. An die zwangsläufig entfallende Firmenfortführung wird ohnehin nicht angeknüpft.

Bedenken ergeben sich bei den Rechtsfolgen. Seinem eindeutigen Wortlaut nach ordnet § 28 I HGB den Übergang der geschäftsbezogenen Forderungen und Verbindlichkeiten - wir ersetzen: der unternehmensbezogenen vertraglich oder sonstwie begründeten Rechtsverhältnisse [706] - auf die Gesellschaft an. Weiter reicht die von der Norm statuierte Rechtsfolge nicht. Mehr ist auch keineswegs geboten. Um ein Auseinanderfallen von juristischer und wirtschaftlicher Zuordnung zu unterbinden, reicht die Anlagerung der schwebenden Rechtsverhältnisse beim nunmehrigen Unternehmensträger aus. Dessen interne Ausgestaltung ist vom Zweck des § 28 HGB her gesehen völlig belanglos. [707] Dementsprechend haben wir die persönliche Haftung des Eingetretenen bei oHG und KG nicht aus § 28 HGB, sondern aus § 128 HGB abgeleitet. [708]

Im Bereich der nicht- oder minderkaufmännischen Unternehmen stellt sich angesichts dessen die Frage,ob die vom früheren Alleininhaber und dem Eintretenden gebildete Personenvereinigung die Rechtsfolgen des § 28 HGB überhaupt zu tragen vermag. Dabei geht es nicht darum, daß eine GbR kein Unternehmen betreiben könnte. Das steht völlig außer Zweifel. Kennzeichen und Vorteil dieser Gesellschaftsform ist ja gerade ihre Offenheit

---

706) zur Begründung s.o. § 8 S.118 ff.

707) ebensowenig ist das Fehlen kapitalerhaltender Gläubigerschutznormen von Bedeutung, vgl. demgegenüber LIEB, Fschr. WESTERMANN S. 309, 322 FN 53

708) s.o. § 10 III S.147 ff.

für nahezu alle denkbaren Fälle gemeinsamer Zweckverfolgung.[709]

Fraglich ist vielmehr, ob die GbR selbst Trägerin der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse sein kann, obwohl die §§ 705 ff. BGB keine dem § 124 I HGB entsprechende Vorschrift enthalten, oder ob wir mit der Analogie auf bürgerlichrechtlich geregelte Sachverhalte die Struktur des § 28 HGB in einer Weise modifizieren, die ein derartiges Vorgehen von vornherein als unzulässig erscheinen läßt.

Wir müssen daher im folgenden der Problematik von Schuld und Haftung bei der GbR nachgehen, ohne daß allerdings eine erschöpfende Behandlung beabsichtigt wäre. Auch auf die differenzierte Ausbildung der unternehmenstragenden GbR [710] als eines gesellschaftsrechtlichen Typus [711] muß verzichtet werden. Das geltende Recht negiert einigen beachtenswerten rechtshistori-

---

709) einen Überblick über die vielfältige Verwendung der GbR im Wirtschaftsleben gibt KASTNER, Gedenkschrift GSCHNITZER, S. 211 ff.

710) Diese Bezeichnung wird im folgenden durchgehend verwendet, da der Begriff "Mitunternehmerschaft" vom Steuerrecht besetzt ist (vgl. DOBROSCKE-POTTHAST DB 1975, 1668, 1669 ff.). "Erwerbsgesellschaft" (vgl. den Titel von TREITSCHKE) impliziert Gewinnerzielungsabsicht, die aber weder allgemein für den Unternehmensbegriff - dazu RAISCH, Gesch. Vor., S. 186 ff. - noch im Rahmen der §§ 25, 28 HGB von Bedeutung ist, wenn sie auch in den weitaus meisten Fällen nachweisbar sein dürfte.

711) zum Typusbegriff in der gesellschaftsrechtlichen Literatur siehe K. SCHMIDT S. 80 ff. m.w.N.

schen Ansätzen [712] zum Trotz eine Sonderstellung dieses Erscheinungstyps. Eine Reihe von Problemen, deren Bewältigung noch aussteht [713], hat in diesem Umstand seine Wurzel. Hier Abhilfe zu schaffen, was praktisch nur durch eine vorsichtige Annäherung an das Recht der Personenhandelsgesellschaften möglich sein wird, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit und kann es wegen der thematischen Fixierung auf das Unternehmen im Stadium der Übertragung auch nicht sein.

Von der Vielzahl der möglichen Gestaltungsformen der GbR kommt die Gesellschaft mit Bruchteilseigentum - nach der herrschenden [714], von SCHÜNEMANN angegriffenen [715] Ansicht eine zulässige Ausformung der GbR - ihrer Schwerfälligkeit wegen für die unternehmenstragende GbR kaum in Betracht, so daß dieser Fall vernachlässigt werden kann. Häufiger dürfte schon die Bil-

---

712) Die Einführungsgesetze zum ADHGB für die Länder Bremen, Oldenburg und Württemberg unterstellten unternehmerisch tätige Gesellschaften von Gesetzes wegen den Normen des Handelsrechts. Fundstellen bei SCHLODTMANN ZHR Bd. 37 (1890), 456, 462 ff.; K. SCHMIDT DB 1971, 2345, 2346 FN 25. - Der Dresdner Schuldrechtsentwurf enthielt in Art. 810 eine Regelung, die "Erwerbsgesellschaften, welche nicht Handels- oder Aktiengesellschaft" waren, dem ADHGB unterstellten, wenn sie unter einem gemeinsamen Namen auftreten wollten, vgl. KUSSEROW S. 203 f. - Nach § 659 E I des BGB (= § 675 E II) sollen Gesellschafter, die sich zu gemeinsamem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zusammengeschlossen haben, die Anwendung der Vorschriften über die oHG, nach der zweiten Lesung auch die der KG, vereinbaren können. SCHLODTMANN ZHR Bd. 37 (1890), 456 stimmt dem im Grundsatz zu, weil es "an einer inneren Berechtigung fehlt, die Rechtsverhältnisse einer Erwerbsgesellschaft ... verschiedenartig zu gestalten, je nachdem das gesellschaftlich betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe oder ein anderes Gewerbe ist." (S. 457) Er wendet sich jedoch gegen die Maßgeblichkeit des Gesellschaftsvertrages (S. 460 ff.). Die Grenze des Art. 10 ADHGB will allerdings auch er beibehalten wissen (S. 464).
Aus nicht ersichtlichen Gründen wurde die Vorschrift nicht in die Reichstagsvorlage übernommen, vgl. RAISCH BB 1969, 1361, 1367 f.

713) so etwa die persönliche Haftung der Gesellschafter über den Bereich des § 427 BGB hinaus in Analogie zu § 128 HGB oder die persönliche Verpflichtung des in eine bestehende Gesellschaft Eintretenden, § 130 HGB analog.

714) Nachweise bei KORNBLUM S. 8 FN 3; SCHÜNEMANN S. 27 FN 65

715) S. 180 ff.

dung einer Innengesellschaft vorkommen. Auch diese Konstellation braucht jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht erörtert zu werden. Da die Gesellschafter nicht als solche nach außen hervortreten [716], fehlt es an der Konfliktlage des § 28 HGB.[717]

Gegenstand der Untersuchung ist daher allein die unternehmenstragende Gesamthandsaußengesellschaft. Die Frage nach der Möglichkeit der Rechtsträgerschaft beantwortet sich demnach aus dem Verständnis der Gesamthand heraus.

Eine mehr individualistische Betrachtungsweise - von J. BLOMEYER treffend als "strikte Vereinzelungstheorie" bezeichnet [718] - ordnet das gemeinschaftliche Vermögen den Gesellschaftern als Einzelwesen zu. Im Innen- wie im Außenverhältnis treten sie ausschließlich als Individuen in Erscheinung, obwohl sie untereinander eine Verfügungsgemeinschaft bilden. [719] Die - zum Teil bewußte [720] - Anlehnung an die Bruchteilsgemeinschaft ist dabei unverkennbar. In den Details der Konstruktion differie-

---

716) DÜRINGER-HACHENBURG-GEILER, Anm. 316; SOERGEL-SCHULTZE v. LASAULX vor § 705 Anm. 29; SCHÜNEMANN S. 182; NICKIG S. 148 f.; KORNBLUM S. 7 f.

717) Das gilt unabhängig davon, ob man entgegen der herrschenden Meinung - Nachweise bei NICKNIG S. 149 FN 2; SCHÜNEMANN S. 183 FN 158 - mit STECKHAN S. 74 ff.; SCHÜNEMANN S. 182 ff. und H.P. WESTERMANN S. 200 ff. die Bildung von Gesamthandsvermögen auch bei der Innengesellschaft zuläßt. Das Unternehmen bleibt hier nach außen hin in der Hand des "Veräußerers"; ein Wechsel des wirtschaftlichen Bezugspunktes findet nicht statt. Der Wechsel allein des juristischen ist aber für die Abwicklung der Geschäftsbeziehungen bedeutungslos. Gläubigern gegenüber tritt weiterhin der frühere Einzelkaufmann auf, Schuldner werden nach § 407 BGB geschützt. Die Vertragsposition schließlich soll ja nach dem Willen der Gesellschafter gerade nicht auf die Gesellschaft übergehen.
Anders verhält es sich mit der gesamthandslosen Außengesellschaft. Hier greift § 28 HGB ein. Wegen § 28 I 2 HGB ist völlige Vermögenslosigkeit der Gesellschaft nur über § 28 II HGB zu verwirklichen.

718) JR 1971, 397, 398

719) vgl. KUNZ S. 167: "Rechtsgemeinschaft aufgrund mehrfacher Zugehörigkeit und eine Dispositionsgemeinschaft aufgrund einheitlicher Verfügungsmacht."

720) SCHULZE-OSTERLOH, passim

ren die Vertreter dieser Ansicht allerdings erheblich. Während BUCHNER [721] und SCHULZE-OSTERLOH [722] die einzelnen Gegenstände nach Art der §§ 741 ff. BGB auf die Gesamthänder aufteilen und diese über § 719 I BGB in ihrer Verfügungsmacht beschränken wollen, geht KUNZ [723] von einer vervielfältigten Zuständigkeitdes gesamthänderischen Rechts aus. Die Befugnis zu seiner Ausübung wird von der Zuständigkeit abgelöst und zur Disposition aller Gesamthänder gestellt. [724]

Die extreme Gegenposition dazu finden wir bei FABRICIUS [725] und BUCHDA. [726] Sie rücken die Gesamthand in die Nähe der juristischen Person und sprechen ihr eine Teilrechtsfähigkeit zu.

Die wohl herrschende Meinung begreift die Gesamthand als "offenes Prinzip der Vermögenszuordnung" [727], bei dem die gemeinschaftlichen Rechte weder den Gesamthändern als Individuen noch einer von ihnen losgelösten Person, sondern den Mitgliedern in ihrer Verbundenheit zustehen. [728] Hinter dieser mehr formelhaften Wendung steht die Überlegung, daß weder Einheits- noch Vielheitsbetrachtung allein dem Wesen der Gesamthand gerecht zu werden vermögen. Stattdessen wird die Abgrenzung von Gesamthands- und Gesamthändersphäre aus der jeweiligen Problemsituation heraus getroffen. [729] Diese Maßgeblichkeit gesamthandsfremder Wertungen führt zu einer gegenüber den bisher

---

721) AcP 169 (1969), 483, 486 ff.

722) S. 13 ff.

723) S. 70 f.

724) S. 16 ff.

725) S.117 ff., zur GbR insbesondere S.158 ff.

726) S. 257 ff., speziell zur GbR S.303 ff.; ähnliche Formulierungen finden sich bereits bei GAREIS S. 135 f.

727) vgl. dazu die Ausführungen bei WIEDEMANN S. 28 ff. sowie die Einordnung von FLUME ZHR Bd. 136 (1972), 184 ff.

728) ausführliche Nachweise bei J. BLOMEYER JR 1971, 397, FN 7

729) so in aller Deutlichkeit J. BLOMEYER aaO. S. 400, 401 und WIEDEMANN S. 28

besprochenen Ansichten gesteigerten Elastizität der Lösungen. Dieser Vorzug ist jedoch bloß ein scheinbarer. Der Verzicht auf eine exakte Scheidung von Einheit und Vielheit bringt die gewonnenen Ergebnisse in den Verdacht der Willkür. Mit der Gestaltlosigkeit der Gesamthand geht die Gehaltlosigkeit der Formel einher. [730]

Einen eigenartigen Versuch, Einheits- und Vielheitsbetrachtung in ein harmonisches Gefüge zu bringen, ohne ihre Gegensätzlichkeit zu verwischen [731], unternimmt SCHÜNEMANN. [732] Anders als die herrschende Meinung geht er nicht vom gemeinschaftlichen Vermögen als einigender Klammer aus, sondern siedelt die Gesamthand kompromißlos im Bereich des Personenrechts an. [733] Die dem immanente Tendenz zur Rechtssubjektivität will er durch eine Rückkoppelung der gesamthänderischen Einheit an die Vielheit der Gesellschafter auffangen, die die erstere als Funktion der letzteren erscheinen läßt. Ausgangs- und Angelpunkt dieser auf den ersten Blick phantastisch anmutenden Konstruktion ist eine der Wahrnehmungspsychologie entlehnte Gestalttheorie, der zufolge ein Ganzes etwas anderes ist als die Summe seiner Teile. [734] "In der gesamten Hand treffen sich die mehreren beteiligten Rechtssubjekte, ... gerade in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und Funktionalität, gerade 'als' Gesamthänder angesprochen, mit der gestalthaft-einheitlichen Gesamthand als

---

730) vgl. die eingehende Kritik bei SCHÜNEMANN S. 119 ff.; FABRICIUS S. 131 ff.; BUCHDA S. 193 ff.

731) Die Antinomie von Einheit und Vielheit betont KUNZ S. 75: "... entweder ist die Gemeinschaft subjektiver Zuordnungspol ..., dann ist sie rechtsfähig ..., oder sie ist es nicht, dann bleiben noch die Mitglieder als Rechtsträger ..."

732) S. 164 ff.

733) zu entsprechenden, in den Details jedoch sehr unterschiedlichen Konzeptionen vgl. die Nachweise bei SCHÜNEMANN S. 150 f. in FN 16 ff.

734) S. 165

solcher. Aus ihrer Verbundenheit erwächst 'übersummativ' die Rechtssubjektivität...".[735] Diese ist jedoch nicht absolut, sondern erfährt ihre Begrenzung durch den zu verfolgenden gemeinsamen Zweck.[736] Von daher handelt es sich bei der Gesamthand lediglich um eine rechtssubjektive Einheit, der keine Personqualität zukommt.[737]

In diesem Punkt trifft sich SCHÜNEMANN mit FLUME.[738] Dieser begreift die Gesamthand als nach außen auftretende Gruppe, die für sich Rechte und Pflichten eingeht[739], dadurch aber keine Personhaftigkeit gewinnt: Die Gruppe sind die Gesamthänder selbst in ihrer mitgliedschaftlichen Verbundenheit.[740] Sie konstituieren lediglich einen Personenverband, keine Verbandsperson.[741]

In einer dergestalt gegenüber der herrschenden Ansicht verstärkten Einheitsbetrachtung liegt der Schlüssel zum Verständnis der Gesamthand. Allein aus der Annahme, die Gesamthand selbst sei Zuordnungssubjekt der auf sie bezogenen Rechte und Pflichten, läßt sich die Realität des gesellschaftlichen Miteinanders befriedigend erfassen und aus sich heraus einer stimmigen Regelung zuführen. Das zeigt sich besonders an der unternehmenstragenden GbR, bei der Tendenz und Bedürfnis zu vermehrter Verselbständigung erheblich stärker sind als bei anderen Typen. Der Mangel einer dem § 124 I HGB entsprechenden Vor-

---

735) S. 168

736) S. 175 f.

737) S. 176

738) ZHR Bd. 136 (1972), 177, 188

739) aaO. S. 189, 193 ff.; ders., Fschr. KNUR, S. 125, 128; zur GbR ders., Fschr. WESTERMANN S. 119, 120

740) ZHR 136 (1972), 177, 189

741) Fschr. RAISER, 27, 31 im Anschluß an eine Formulierung von SCHÖNFELD, RG-Fschr. Bd. 2, 191, 226

schrift fällt nicht mehr ins Gewicht, weil sie in ihrem Grundprinzip bereits aus der Natur der gesamthänderischen Verbundenheit folgt und lediglich ein "Plus an gesamter Hand" [742] bietet. Wenn die GbR aber aus den beim Übergang des Unternehmens schwebenden Rechtsverhältnissen berechtigt und verpflichtet sein kann, dann paßt die Rechtsfolge des § 28 I HGB nahtlos und ohne Modifikation.

Es bleibt zu klären, ob eine persönliche Inanspruchnahme aus den Altverbindlichkeiten des Unternehmens möglich ist. Von besonderem Interesse ist hier naturgemäß die Situation des eingetretenen Teilhabers, da der frühere Alleininhaber ohnehin kraft Schuldbeitritts persönlich verpflichtet ist. [743] Aus § 28 HGB läßt sich in dieser Hinsicht nichts entnehmen, und eine dem § 128 HGB vergleichbare Norm, die die Verbindlichkeiten der GbR auch den Gesellschaftern zur Last legt, fehlt in den §§ 705 ff. BGB. [744]

Die These, daß von vornherein nur Verbindlichkeiten der Gesamthänder entstehen, für die lediglich zwei voneinander zu trennende Vermögensmassen als Befriedigungsobjekt dienen, [745] ist für uns nach dem soeben zur Rechtssubjektivität der Gesamthand Gesagten nicht mehr annehmbar.

Differenziert man zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterschuld, dann bieten sich zur konstruktiven Erfassung der letzteren zwei Möglichkeiten an: Entweder geht man von einer zweifachen, parallelen Verpflichtung von Gesamthand und Gesamthändern kraft rechtsgeschäftlicher Vertretung oder kraft Gesetzes

---

742) O.V. GIERKE Arch. für bgl. Recht Bd. 19 (1901), 114, 119

743) s.o. bei FN 569

744) § 427 BGB erfaßt lediglich die vertraglichen, nicht aber deliktische oder bereicherungsrechtliche Verbindlichkeiten.

745) dazu WIEDEMANN S. 41 m.w.N. in FN 1

aus [746] oder man lehnt die Privatschulden an die Gesellschaftsschuld an. [747] Bei diesem Akzessorietätsmodell kann die persönliche Verpflichtung ohne den Nachweis des rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillens bzw. der Erfüllung gesetzlicher Haftungstatbestände in der Person des jeweiligen Gesellschafters entstehen. [748] Mit dieser Meinung käme man für die GbR ohne § 128 HGB zum gleichen Ergebnis wie bei der oHG und der KG.

Sachlich ist die unbeschränkte persönliche Haftung für Altverbindlichkeiten allerdings, wie bereits mehrfach betont, nicht geboten. Sie ist unter Umständen sogar gefährlich, da sie die gemeinsame Unternehmensträgerschaft und damit die Rettung eines Unternehmens verhindern kann. [749] Der von K. SCHMIDT befürworteten Anerkennung einer KG bürgerlichen Rechts kommt in diesem Rahmen erhöhte Bedeutung zu. [750]

Eine andere Möglichkeit ist, eine Ausnahme vom Grundsatz der akzessorischen Gesamthänderhaftung zuzulassen. Schrankenlos gilt dieses Prinzip ohnehin nicht. So läßt FLUME bei der Haftung der GbR nach § 31 BGB [751] keine an die Gesellschaftsschuld angelehnte Privatverbindlichkeit entstehen, weil es in-

---

746) Doppelverpflichtungstheorie, vgl. dazu BEUTHIEN DB 1975, 725, 728 sowie (abl.) WIEDEMANN S. 42 f. Nachweise bei SCHÜNEMANN S. 144 FN 83, S. 190 FN 199

747) WIEDEMANN S. 43 f.; FLUME Fschr. WESTERMANN S. 119, 128 ff.; ders., Fschr. KNUR S. 125, 128 ff.; HADDING ZGR 1973, 137, 144 ff.; der Sache nach auch KORNBLUM S. 32, 39 f. für die GbR.

748) so WIEDEMANN aaO.

749) vgl. die Ausführungen auf S. 46 ff.

750) DB 1973, 653 ff., 703 ff., insbes. S. 704 f.

751) Die Anwendung des § 31 BGB auf die GbR bejahen neben FLUME HECK S. 377; KORNBLUM S. 40 ff.; NICKNIG S. 35 ff.; FABRICIUS Fschr. R. SCHMIDT, S. 171, 191 ff.; NITSCHKE NJW 1969, 1737, 1740; BEUTHIEN DB 1975, 725 ff., 773 ff.

A.A.: BGH v. 30. 6. 1966, BGHZ 45, 311, 313 DÜRINGER-HACHENBURG-GEILER Anm. 141; PALANDT-THOMAS § 714 Anm. 3; RGRK-FISCHER § 714 Anm. 9; SOERGEL-SCHULTZE v. LASAULX § 718 Anm. 9

soweit an einer "Eigensache" der Gesellschafter, die eine Haftungserstreckung rechtfertigen könnte, fehlt. [752] Gleiches wird man von den die unternehmenstragende GbR nach § 28 I HGB treffenden Verbindlichkeiten sagen müssen. Der gemeinsame Fortbetrieb besagt nicht, daß die angestammten Geschäftsbeziehungen dem Eingetretenen ohne weiteres über den neuen Unternehmensträger hinaus persönlich zugerechnet werden könnten. Dafür fehlt es gerade dann an einem Anhaltspunkt, wenn der Übergang durch § 28 I HGB, also kraft Gesetzes, nicht mittels zwei- oder dreiseitiger vertraglicher Regelungen bewirkt wurde. [753]

Unabhängig von der Möglichkeit zur Restriktion im Einzelfall sieht sich das Akzessorietätsmodell als Ganzes dogmatischen Bedenken ausgesetzt. Gerade wenn man die Gesamthand aus dem Bereich des Vermögensrechts [754] in den des Personenrechts verpflanzt, sollte man es bei der Begründung der Rechtssubjektivität bewenden lassen. Nicht das Wesen der Gesamthand als einer allgemein zur Verfügung gestellten Handlungs- und Wirkungseinheit [755] hat über die Haftungsordnung zu entscheiden, sondern die gesetzliche Gestalt der GbR als einer Ausformung des gesamthänderischen Prinzips. Andernfalls geht die mit der Anerkennung einer rechtssubjektiven Einheit erreichte Scheidung von Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre wieder verloren. [756] Von daher ist die Doppelverpflichtungstheorie vorzuziehen. Da § 427 BGB den Fall des § 28 I HGB ersichtlich nicht erfaßt [757],

---

752) Fschr. WESTERMANN S. 119, 143 f.

753) FLUME aaO. will die persönliche Haftung sowohl bei der GbR als auch bei oHG und KG ausschließen. Auf § 28 HGB angewandt würde das zu dem oben S. 147 ff. abgelehnten Ergebnis von LIEB, Fschr. WESTERMANN, S. 309 ff. führen. § 128 HGB bietet aber für eine entsprechende Differenzierung keinen Anhaltspunkt.

754) vgl. die bei SCHÜNEMANN S. 69 - 109 im einzelnen besprochenen Autoren.

755) FLUME, Fschr. RAISER,S. 27, 31

756) ebenso SCHÜNEMANN S. 144 gegen KORNBLUM

757) anders ist es, wenn eine dreiseitige Vertragsübernahme nach dem Vertrags- oder dem Zustimmungsmodell vorliegt. Die Rechtsfolgen treten dann allerdings nicht aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 28 HGB ein, sondern kraft Rechtsgeschäfts.

bleibt es - jedenfalls solange als die unternehmenstragende GbR nicht ganz oder teilweise den Regelungen der Personenhandelsgesellschaften unterstellt wird - bei der Haftung allein des Gesellschaftsvermögens.

§ 18 - Der Rechtsfolgenausschluß

Hinsichtlich der Ausschlußnorm des § 28 II HGB macht die analoge Erstreckung auf nicht- oder minderkaufmännische Unternehmen keine Schwierigkeiten. Von den beiden zur Verfügung gestellten Publikationsformen verbleibt allein die der Einzelinformation der Geschäftspartner. [758] Dieses Verfahren ist zwar erheblich komplizierter als das des Registereintrags und mit größeren Risiken behaftet; eine unzumutbare Erschwerung ist damit jedoch nicht verbunden. Die erforderlichen Nachweise können den Aufzeichnungen, zu denen der frühere Alleininhaber kraft Steuerrechts oder branchenspezifischer Vorschriften gezwungen ist [759], entnommen werden. Sollte die Einzelinformation angesichts der Größe des Unternehmens Probleme aufwerfen, dürften ohnehin die Grenzen der §§ 2, 4 HGB überschritten sein, so daß die Gesellschaft über eine vorherige Eintragung des einzelkaufmännischen Geschäfts einen vereinfachten Ausschluß erreichen kann. Schutz vor schlecht geführten Aufzeichnungen kann allerdings hier ebensowenig wie in anderen Erwerbsfällen gewährt werden.

§ 19 - Die analoge Anwendung des § 25 HGB

Einer Übernahme des gesamten § 25 HGB für nicht- oder minder-

---

758) diese Möglichkeit scheint K. SCHMIDT DB 1973, 703, 704 zu übersehen.

759) §§ 22 UStG, 143, 144 AO sowie evtl. landesrechtliche Rechtsverordnungen nach § 38 GewO

kaufmännische Unternehmen stehen methodische Bedenken entgegen. Sie resultieren daraus, daß das Recht zur Firmenführung allein den vollkaufmännischen Handelsgeschäften vorbehalten ist. Zwar setzt eine Analogie keine vollständige Übereinstimmung des geregelten mit dem ihm gleichzustellenden Fall voraus - sie wäre dann überflüssig. [760] Die tragenden Wertungsgesichtspunkte müssen jedoch beiden gemeinsam sein. Andernfalls würde die Aussage des Gesetzes verfälscht werden. Wir müssen daher die Bedeutung der Firmenfortführung in § 25 HGB näher bestimmen.

Der Kern der §§ 25 ff. HGB [761] ist die Erkenntnis, daß die Geschäftsbeziehungen bei Veräußerung des Unternehmens von diesem abgetrennt zu werden drohen. Eine Sicherung des Gleichlaufs von wirtschaftlicher Eingebundenheit und juristischer Zuordnung ist allerdings nur dann geboten, wenn die veräußerte Wirtschaftseinheit überhaupt als solche fortbestehen soll. Das entnimmt das Gesetz bei § 28 HGB der fortdauernden Beteiligung des bisherigen Alleininhabers am Unternehmensträger und bei § 25 HGB der Fortführung der Firma. Entsprechende Anhaltspunkte für die Rolle,die das Unternehmen auf den Märkten, auf denen es sich bislang bewegt hat, in Zukunft spielen soll, fehlen bei nicht- oder minderkaufmännischen Unternehmen völlig. Sie sind auch nicht verzichtbar. Das Gesetz knüpft den automatischen Übergang der Geschäftsbeziehungen nicht im Sinne von HEINSEN an die bloße Übernahme des Geschäfts. [762] Vielmehr wurde der Übergang der Forderungen und Verbindlichkeiten für alle Fälle außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches der §§ 25 I, 28 I HGB zur bloßen "Thatfrage" erklärt. [763] § 25 III HGB bringt das ganz klar zum Ausdruck. Die sorgfältig abgestufte Regelung des Vollerwerbs in den §§ 25 I, III HGB würde aufgegeben, wenn man § 25 I HGB auch bei firmenlosen Unternehmen zum

760) vgl. dazu LARENZ, Methodenlehre, S. 366 f.
761) s. o. S. 49 ff.
762) s.o. bei FN 352 ff., 367, 370
763) DENKSCHRIFT bei HAHN-MUGDAN S. 218

Zuge kommen ließe. So weit reicht die Befugnis zur Rechtsfortbildung nicht. Das Gesetz verlangt ganz offensichtlich einen Anhaltspunkt, der ihm die unternehmerische Kontinuität der Geschäftspolitik und damit ein mutmaßliches Parteiinteresse am Übergang der Außenbeziehungen signalisiert. [764]

Die Beibehaltung einer etwa vom Veräußerer geführten Etablissementsbezeichnung [765] genügt dafür nicht. Die Firma repräsentiert ein Subjekt, den Kaufmann in Verfolgung seiner unternehmerischen Ziele. Etwas anderes besagt auch nicht die Verkehrsanschauung, deren rechtliche Bewältigung wir von TABOR bis hin zur DENKSCHRIFT über das 19. Jahrhundert hinweg verfolgt haben. [766] Sie ersetzt lediglich den Kaufmann als nach außen Auftretenden durch einen anderen Bezugspunkt - die Firma selbst, das Unternehmen als Sondervermögen oder als Verkehrssubjekt usw.. Demgegenüber individualisiert die Geschäfts- oder Etablissementsbezeichnung das Unternehmen als Objekt, als vergegenständlichte Zusammenfassung sachlicher und persönlicher Betriebsmittel. [767] Der Nicht- oder Minderkaufmann ist gehalten, mit seinem bürgerlichen Namen zu zeichnen. Die der Firma innewohnende Tendenz, das Unternehmen als Handlungseinheit erscheinen zu lassen, [768] geht der Etablissementsbezeichnung völlig ab. Sie kennzeichnet die Betriebsstätte, in der der Unternehmer Abschlüsse unter eigenem Namen tätigt. Dann bedeutet ihre Fortführung auch nicht mehr, als sich schon aus dem Wortlaut ergibt: Das Geschäft wird weiterhin in einer bestimmten Weise bezeichnet. Über die unternehmerische Kontinuität wird nichts ausgesagt.

---

764) Auf die Problematik einer am Willen des Gesetzgebers oder dem normativen Gesetzessinn ausgerichteten Auslegung braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden.

765) vgl. dazu allgemein JORDAN S. 22 ff.; BOCKELMANN S. 15 ff. - Die Etablissementsbezeichnung ist im Wege der Gebrauchsüberlassung übertragbar, DROSTE DB 1957, 573

766) Gemeint ist die Verkehrsanschauung, "nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird", vgl. DENKSCHRIFT bei HAHN-MUGDAN S. 219

Eine Fortsetzung der angestammten Geschäftsbeziehungen kann durchaus beabsichtigt sein, zwingend oder auch nur naheliegend ist das nicht. Da der durch § 17 HGB gewährleistete enge Zusammenhang zwischen Individualisierung und Begründung der Außenbeziehungen bei der Geschäftsbezeichnung fehlt, kann die den Übergang im Veräußerungsfalle nicht bewirken.

Im Gegensatz zu § 25 I HGB - und damit auch zu § 25 II HGB - gilt § 25 III HGB auch für nicht- oder minderkaufmännische Unternehmen. Zwar scheitert die unmittelbare Anwendung daran, daß ein Verzicht auf eine vorher geführte Firma begrifflich nicht denkbar ist. Eine Analogie ist aber durchaus möglich.[769] § 25 III HGB zeigt, daß das Gesetz auch Unternehmensveräußerungen ohne selbstverständliche Kontinuitätsverbürgung regeln wollte - dies allerdings nicht im Sinne eines Automatismus, sondern nur bei einer entsprechenden Erklärung des Erwerbers und auch dann begrenzt auf die Verbindlichkeiten. Insoweit kann dem Bedürfnis nicht- oder minderkaufmännischer Unternehmen nach reibungslosem Übergang der Geschäftsbeziehungen stattgegeben werden.

Eine andere Frage ist, ob uns die in § 25 III HGB mit der handelsüblichen Bekanntmachung, die von unter der Schwelle zur Vollkaufmannseigenschaft liegenden Unternehmern nur außerhalb des Handelsregisters durch Zeitungsanzeigen oder Rundschreiben [770] abgegeben werden kann, verknüpften Rechtsfolgen zufriedenstellen. Das wird man angesichts der oben zur Konfliktlage der §§ 25 ff. HGB angestellten Erwägungen [771] sowohl für den Bereich der analogen Anwendung als auch für firmenwechselnde Vollkaufleute verneinen müssen. Es fehlt der Übergang der

---

767) BOCKELMANN S. 16; JORDAN S. 22; DROSTE DB 1967, 539

768) vgl. die Angaben in FN 74

769) vgl. die Nachweise aus der Literatur in FN 664, 665

770) zu Anforderungen und Voraussetzungen im einzelnen WÜRDINGER § 25 Anm. 29

771) s.o. S.118 ff.

Forderungen und der - auch bei §§ 25 I, 28 I HGB ja nur im Wege der Auslegung zu entnehmenden - Vertragspositionen. Der Gesetzgeber hat hier nicht weit genug gedacht, als er lediglich auf das - in der historischen Untersuchung schon mehrfach angesprochene - Handelsgewohnheitsrecht der Haftung kraft handelsüblicher Bekanntmachung verwies. [772] Es ist schlicht inkonsequent, bei Firmenfortführung und Gesellschaftsgründung den - revisiblen - Übergang der Außenbeziehungen anzuordnen, außerhalb dieser Tatbestände aber nur die Herbeiführung einer kumulativen Passivenübernahme als handelsrechtliche Besonderheit zuzulassen. Wenn man schon das Schicksal der Geschäftsbeziehungen beim Fehlen offener Kontinuitätsmerkmale in das Belieben des Erwerbers stellt [773], dann sollte dies so weitgehend wie möglich geschehen. Dabei kann es nicht darum gehen, der handelsüblichen Bekanntmachung stets und unabänderlich eine auf Übernahme der gesamten Außenbeziehungen gerichtete Willenserklärung zu entnehmen. Schließlich erlaubt auch § 25 II HGB eine nach Forderungen und Verbindlichkeiten differenzierte Übernahme. Vielmehr ist über den Wortlaut des § 25 III HGB hinaus eine Erklärung zuzulassen, die die Rechtsfolgen der §§ 25 I, 28 I HGB vollständig abdeckt, m.a.W. einen vollständigen Übergang sämtlicher vertraglich oder in sonstiger Weise begründeter im Moment der Veräußerung noch nicht abgewickelter Rechtsverhältnisse ermöglicht. Unzulässig wäre eine solche Erweiterung nur, wenn § 25 III HGB eine Gläubigerschutznorm ist. Der Ausdruck "Verpflichtungsgrund" legt dies ebenso nahe wie der Hinweis der DENKSCHRIFT auf § 419 BGB. [774] Die Systematik der §§ 25 ff. HGB, die auf gesamtwirtschaftlichen Argumenten fußt und nicht ohne Not aufgegeben werden sollte, steht einer dahingehenden Auffassung entgegen. Die Vertreter des tätigkeitsbezogenen Handelsgeschäftsbegriffes, auf den § 25 III HGB primär zurückgeht, haben die Erklärung der Passivenübernahme

---

772) DENKSCHRIFT bei HAHN-MUGDAN S. 219

773) jedenfalls formal, tatsächlich wird sich das Erwerberverhalten wohl stets am internen Veräußerungsvertrag orientieren.

774) aaO.

seitens des Erwerbers stets in einen scharfen Gegensatz zu den gläubigerschützenden Instituten der actio Pauliana bzw. der Vermögensübernahme gebracht. [775] Gedacht war nur an eine Regelung, die "höchst lästige Weiterungen" für alle Beteiligten vermeiden würde. [776] Auch der Übergang der Forderungen ist diesem Ansatz nicht so fremd, wie es nach der DENKSCHRIFT den Anschein hat. Entsprechende Ausführungen finden sich bereits bei ANONYMUS [777] und in dem bei GANS mitgeteilten GUTACHTEN [778] sowie später bei VON KRÄWEL. [779] Einen Forderungsübergang kraft handelsüblicher Erklärung kennen auch das OAG LÜBECK [780] und das REICHSOBERHANDELSGERICHT. [781] § 25 III HGB ist daher in jeder Hinsicht zu eng.

De lege ferenda sollte daher eine Korrektur erwogen werden. Eine entsprechende Auslegung muß, so wünschenswert sie wäre, am klaren Wortlaut scheitern. Es bleibt damit bei der analogen Anwendung des § 25 III HGB in seinem derzeitigen Umfang auf nicht- oder minderkaufmännische Unternehmen.

---

775) ausführlich REGELSBERGER ZHR Bd. 14 (1870), 1, 19 f., 22

776) so das GUTACHTEN bei GANS, Fundstelle in FN 192

777) Elvers' Themis Bd. 1 (1828), 498, 521 ff.

778) S. 58 f.

779) Buschs Arch. Bd. 15 (1869), 249, 256 f.

780) Nachweis bei FN 202

781) Nachweis bei FN 310

SCHLUSS

So mündet unsere Untersuchung am Ende doch noch in eine Kritik am Gesetz und seinen Verfassern. Sie hält sich allerdings in relativ engen Grenzen und geht auf eine Vervollkommnung, nicht auf ersatzlose Beseitigung der §§ 25 ff. HGB. Der Regelungsmechanismus dieser Normen selbst bleibt davon unberührt. Der Gedanke, den Mangel der juristischen Verknüpfung des Unternehmens mit seinen Außenbeziehungen im Sinne eines Gleichlaufs beider zu überspielen, hat sich als durchaus tragfähig erwiesen. Die gewonnenen Ergebnisse stehen in vielen Punkten mit den auf der Basis der überkommenen Lehren erarbeiteten in Einklang, stellen sie aber in einen praxisnahen und in sich stimmigen Begründungszusammenhang.

LITERATURVERZEICHNIS

ADLER, Emanuel	Beiträge zum Firmenrecht, ZHR Bd. 85 (1921), 93 ff.
ADLER, Karl	Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3 (1890), 1 ff.
ANONYMUS	Über die Rechtsverhältnisse der unter einer Firma betriebenen Handlung - Einige Bemerkungen über den Aufsatz Nr. III im 1sten Heft des 1sten Bandes dieser Zeitschrift. Elvers' Themis Bd. 1 Heft 3 (1828), 498 ff.
ANONYMUS	Ist das Recht auf den Gebrauch einer Firma, welche in Folge Übertragung oder Fortführung eines Handelsgeschäftes auf dessen Erwerber oder den Gesellschafter, welcher das Geschäft behalten, übergegangen ist, kraft Gesetzes erloschen, sobald der ursprüngliche Geschäftsbetrieb aufgegeben und an dessen Stelle ein anderes, verschiedenes Geschäft begonnen wird?, ZHR Bd. 26 (1881), 1 ff.
ANSCHÜTZ-VON VÖLDERNDORFF	Die Gesetzgebung des Königreiches Bayern seit Maximilian II., herausgegeben von C.F. v. Dollmann, Bd. 6 - Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, erläutert von August Anschütz und Fr. v. Völderndorff, Erlangen 1868
BATHE, Klemens	Die Haftung des Übernehmers eines Vermögens für die Schulden des Veräußerers (§ 419 BGB), Diss. Erlangen 1935
BAUERREISS, Wolfgang	Unternehmensveräußerung und Mietverhältnis, in: Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag, herausgegeben von E. Loebenstein, J. Mayer, G. Frotz, P. Doralt, Wien 1972, S. 17 ff.
BAUMBACH-DUDEN	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen, 22. Aufl. München 1977

BEHREND, I. Fr.	Über die Haftung des Firmenerwerbers für die vor seiner Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma kontrahierten Passiven, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 4 (1870), 429 ff.
BECKER, H.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht,1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1 - 185, Bern 1941
BECKH	Diskussionsbeitrag auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2 Berlin 1881, S. 148 ff.
BEKKER, E.I.	Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften, ZHR Bd. 4 (1861), 499 ff.
BERGENROTH	Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand? MDR 1953, 140 ff.
BETTERMANN, Karl August	Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948
BEUTHIEN, Volker	Die Haftung von Personengesellschaftern - Geltungsgrenzen der §§ 278, 31, 831 BGB im Gesellschaftsrecht, DB 1975, 725 ff., 773 ff.
BIBERGEIL, Kurt	Vermögensübernahme, Halle, Berlin, Leipzig 1931
BLOMEYER, Jürgen	Die Rechtsnatur der Gesamthand, JR 1971, 397 ff.
BOCKELMANN, Gunther	Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, Freiburg 1974
BÖRNER, Bodo	§ 25 Abs. 1 HGB: Vertragsübertragung kraft Gesetzes, in: Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, herausgegeben von W. Hefermehl, R. Nirk und H. Westermann, München 1975, S. 37 ff.
BOLTE	Der § 27 des neuen Handelsgesetzbuches, ZHR Bd. 51 (1902), 413 ff.
BONDI, Felix	Urteilsanmerkung, JW 1932, 114

BONDI, Felix	Urteilsanmerkung, JW 1932, 1579
BORCHARDT, Knut	Grundriß der deutschen Wirtschaftsgeschichte, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, herausgegeben von W. Ehrlicher, I. Esenwein-Rothe, H. Jürgensen, K. Rose, Bd. 1 4. Aufl. Göttingen 1973
BRANDNER	Das Mietverhältnis bei Wechsel in der Inhaberschaft des Unternehmens, NJW 1960, 127 ff.
BRECHER, Fritz	Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, rechtstheoretische Grundlegung, Bonn 1953
BRECHER, Fritz	Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Artur Nikisch, Tübingen 1958
BRECHER, Fritz	Rezension, AcP Bd. 163 (1964), 519 ff.
BRECHER, Fritz	Rezension, AcP Bd. 171 (1971), 378 ff.
BRINCKMANN, C.H.L.	Lehrbuch des Handelsrechts, fortgesetzt von W. Endemann, Heidelberg 1853
BRINZ, Alois	Lehrbuch der Pandekten, 2. Abteilung, Erlangen 1860
BRUCKHUISEN, Wilhelm	Begriff und rechtliche Natur des Handelsgeschäfts als eines kaufmännischen Unternehmens, Diss. Erlangen 1914
BRÜGGEMANN, Dieter	Allgemeine Einleitung, §§ 1 - 7, 38 - 47 a, 84 - 104 HGB, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. Bd. 1: §§ 1 - 104, Berlin 1967
BUCHDA, Gerhard	Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg 1936
BUCHNER, Herbert	Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP Bd. 169 (1969), 483 ff.

BUSCH, F.B.	Gehen, abgesehen von dem Übergange eines Handelsetablissements durch Universalsukzession, bei dem Erwerbe eines solchen die Activen und Passiven desselben, dafern nichts anderes vereinbart ist, auf den Erwerber über? (Zur Erläuterung des Art. 22 des HGB), Buschs Archiv Bd. 1 (1863), 25 ff.
CANARIS, Claus Wilhelm	Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969 (zit.: Systemdenken und Systembegriff)
CANARIS, Claus Wilhelm	Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit.: Vertrauenshaftung)
CAPELLE, K.-H.	Handelsrecht, 16. Aufl. München 1974
COESTER, Michael	Vertragsübernahme und Anfechtungsrecht, MDR 1974, 803 ff.
COHN, L.	Die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen Handelsgesetzbuch, Gruchot Bd. 42 (1898), 46 ff.
COSACK, Konrad	Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. Stuttgart 1930
DEMELIUS, Heinrich	Vertragsübernahme, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 72 (1922), 241 ff.
DELBRÜCK, Berthold	Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte, Berlin 1853
DIETRICH, Hugo	Urteilsanmerkung, DR 1940, 1463
DOBROSCHKE, Eduard, POTTHAST, Hans-Jochen	Mitunternehmerschaft und Gewinnverteilung bei Personalgesellschaften, DB 1975, 1668 ff.
DOMKE, Martin	Die Veräußerung von Handelsgeschäften. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre vom kaufmännischen Unternehmen, Marburg 1922
DROBNIG, Ulrich	Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?, Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag, herausgegeben von der ständigen Deputation, München 1976

DROSTE, Karl	Firma und Geschäftsbezeichnung, DB 1957, 573 ff.
DROSTE, Karl	Grundsätzliches zur Geschäftsbezeichnung, DB 1967, 539 ff.
DÜRINGER-HACHENBURG	Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, Bd. 1, Allgemeine Einleitung und §§ 1 - 104, 3. Aufl. erläutert von Hoeniger und Lehmann, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930;Bd. 2, 1. Halbband, Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, erläutert von Geiler, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (zit.: DÜRINGER-HACHENBURG-Bearbeiter)
DULCKEIT, Gerhard	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart - eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaft, Band 158, Tübingen 1951
EHRENBERG, Victor	Der Kaufmann, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von V. Ehrenberg, Bd. 2, Leipzig 1918 S. 1 ff.
EISEMANN, Hans	Die Haftung aus Vermögensübernahme - Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich - AcP Bd. 176 (1976), 487 ff.
ENNECCERUS-LEHMANN	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen 1959
ENDEMANN, Wilhelm	Das deutsche Handelsrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1868 4. Aufl. Leipzig 1887
ESSER, Josef, SCHMIDT, Eike	Schuldrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil Teilband 2: Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis, 5. Aufl. des von J. Esser begründeten Lehrbuches, Karlsruhe 1976
FABRICIUS, Fritz	Stillschweigen als Willenerklärung, JuS 1966, 1 ff.

FABRICIUS, Fritz	Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaftern, in: Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte, Festschrift für R. Schmidt, herausgegeben von E. Seidl, Berlin 1966, S. 171 ff.
FABRICIUS, Fritz	Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, JZ 1967, 144
FABRICIUS, Fritz	Relativität der Rechtsfähigkeit - Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München, Berlin 1963
FICK, F.	Von der einschränkenden Auskündigung bei Übernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven, Schweizerische Juristenzeitung Bd. 20 (1923/24), 221 ff.
FICKER, Hans Claudius	Vertragsübernahme und droits relatifs au bien - ein Beitrag zur Lehre von der Relativität des Schuldverhältnisses, AcP Bd. 165 (1965), 32 ff.
FISCHER, Robert	§§ 105 - 130 HGB, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 1. Halbband: §§ 105 - 144, 3. Aufl. Berlin, New York 1973
FISCHER, Robert	Urteilsanmerkung, LM Nr. 3 zu § 28 HGB
FLUME, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975 (zit.: Rechtsgeschäft)
FLUME, Werner	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
FLUME, Werner	Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP Bd. 161 (1962), 52 ff.
FLUME, Werner	Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters bei der OHG, in: Festschrift für Alexander Knur, herausgegeben von W. Flume und R. Hamm, München 1972, S. 125 ff.

FLUME, Werner	Gesellschaft und Gesamthand, ZHR Bd. 136 (1972), 177 ff.
FLUME, Werner	Gesamthandgesellschaft und Juristische Person, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, herausgegeben von F. Baur, J. Esser, F. Kübler, E. Steindorff, Tübingen 1974, S. 27 ff.
FLUME, Werner	Schuld und Haftung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, in: Festschrift für Harry Westermann, herausgegeben von W. Hefermehl, R. Gmür, H. Brox, Karlsruhe 1974, S. 119 ff.
FORKEL, Hans	Die Übertragbarkeit der Firma, in: Festschrift für Hans Paulick, herausgegeben von H.W. Kruse, Köln - Marienburg 1973, S. 101 ff.
FRIEDRICH, Walter	Geschäftspassiven bei Unternehmensveräußerung, Diss. Rostock 1934
FRÜH, Peter	Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1944
GAREIS, Karl	Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. Berlin 1909
GEIGER, Josef	Die Entwicklung der rechtlichen Erfassung des Handelsgeschäfts im 19. Jahrhundert, Diss. München 1963
GERLACH, Johann W.	Die Haftungsordnung der §§ 25, 28, 130 HGB, Stuttgart 1976
VON GIERKE, Julius	Das Handelsunternehmen, ZHR Bd. 111 (1948), 1 ff.
VON GIERKE, Julius, SANDROCK, Otto	Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 1: Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Unternehmen, Berlin, New York 1975
VON GIERKE, Otto	Deutsches Privatrecht, 3 Bände, Leipzig 1895, 1905, 1917
VON GIERKE, Otto	Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 (1901), 114 ff.

VON GIERKE, Otto — Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand v. Martitz, Berlin 1911, S. 33 ff.

GIESEKE, Paul — Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift für Ernst Heymann, Bd. 2: Recht der Gegenwart, Weimar 1940, S. 112 ff.

GÖPPERT, Heinrich — Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart (§ 25 II, §§ 176, 5, 200 HGB), Bonn 1934

GOLDSCHMIDT, L. — Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 4 (1857), 105 ff.

GÜLTNER, Helmut — Findet § 419 BGB auf die Übernahme eines Handelsgeschäftes Anwendung? Diss. Jena 1936

GUTACHTEN — Über die Handlungsfirmen, in: Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, herausgegeben von E. Gans, Berlin 1830 - 32, S. 36 ff. (zit.: GUTACHTEN bei GANS)

HADDING, Walther — Zur Haftung des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters, ZGR 1973, 137 ff.

HÄMMERLE, Hermann — Handelsrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren und Handelsstand, 2. Aufl. Graz, Wien, Köln 1967

HAHN-MUGDAN — Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 6: Materialien zum HGB, Berlin 1897

HANAU, Peter — Objektive Elemente der Willenserklärung, ein Beitrag zur Kritik der stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen, AcP 165 (1965), 220 ff.

HASFORD, Alfred — Die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Übergangs von Betriebsteilen auf bestehende Arbeitsverhältnisse, BB 1973, 526 ff.

HASSENPFLUG, Hans Ludwig — Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das RechtsSubject hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen, Elvers' Themis Bd. 1 Heft 1 (1827), 59 ff.

HAUSLADEN, Werner — Ist § 419 BGB auch auf Sondervermögen anwendbar? Diss. München 1951

HECK, Philipp — Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

HECKELMANN, Dieter — Die Grundlage der Haftung aus Firmenfortführung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB, in: Entwicklungstendenzen in Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik, herausgegeben von W. Harms, D. Heckelmann, R. Knöpfle, A. Teichmann, Berlin 1973, S. 129 ff.

HEFERMEHL, Wolfgang — Urteilsanmerkung, MDR 1957, 157

HEINEMANN, Walter — Hypotheken- und Geschäftsübernahme im 19. Jahrhundert, Tübingen 1913

HEINEN, Edmund — Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 4. Aufl. Wiesbaden 1972

HEINSEN, J. — Gutachten über die Frage: Rechtfertigt sich eine allgemeine Vorschrift des Inhalts: daß, wer ein Handelsgeschäft übernimmt, oder in ein solches als offener Theilhaber eintritt, falls die Firma unverändert bleibt, ohne Weiteres activa und passiva übernimmt?, in: Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages, herausgegeben von Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 1, Heft 2, Berlin 1878 S. 215 ff.

HEINSEN, J. — Diskussionsbeiträge auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2 Berlin 1881, S. 135 ff., 145 ff., 148

HEISE, Arnold — Handelsrecht, Frankfurt a. M. 1858

HELLWIG, Konrad — Die Verträge auf Leistung an Dritte. Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuches, Leipzig 1899

HEYMANN, Ernst	Handelsrecht mit Wertpapierrecht und Seerecht, 2. Aufl. Berlin, Potsdam, Wien 1944
HEYMANN-KÖTTER	Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 21. Aufl. Berlin, New York 1971
HINSCHIUS, P.	Urteilsanmerkung, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 1 (1867), S. 722
HÖPFNER, Ludwig	Versuch einer Nachweisung der Anwendbarkeit des Römischen Rechts auf die Verhältnisse der heutigen Handlungsfirma, Allgemeine Juristische Zeitung, herausgegeben von Chr. Fr. Elvers, 3. Jahrgang (1830), 335 ff.
HÖLDER	Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen Dritten, Recht 1908, Sp. 469 ff.
HOFFMANN, M.	Urteilsanmerkung, Gruchot Bd. 11 (1867), 266 ff.
HOMMELHOFF, Peter	Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf, Köln u.a. 1975
HORN, Norbert	Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. - Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der 'Economic Analysis of Law', AcP Bd. 176 (1976), 307 ff.
HOYER	Diskussionsbeitrag auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2, Berlin 1881, S. 147 f.
HUBER, Ulrich	Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970
HUECK, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. Berlin, New York 1971
HUECK, Alfred	Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts, ZHR Bd. 108 (1941), 1 ff.

IHDE, Adolf	Die Haftung des Erwerbers des Handelsgeschäftes für die Schulden des Veräußerers nach früherem und jetzigem Recht, Diss. Rostock 1903
JOEL	Diskussionsbeitrag auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2, Berlin 1881, S. 141 f.
JORDAN, Horst	Kleines Handbuch des Firmenrechts, Wiesbaden 1966
KASER, Max	Römisches Privatrecht, 6. Aufl. München 1968
KASTNER, Walther	Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im österreichischen Wirtschaftsleben, in: Privatrechtliche Beiträge, Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, herausgegeben von Ch. Faistenberger und H. Mayrhofer, Aalen 1969
KLANG	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. Bd. 6: §§ 1293 - 1502, bearbeitet von Wolff (zit.: KLANG-WOLFF)
KOENIGE	Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 4. Aufl. bearbeitet von R. Teichmann und W. Koehler, Mannheim, Berlin, Leipzig 1936 (zit.: KOENIGE-TEICHMANN-KOEHLER)
KORNBLUM, Udo	Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt a.M. 1972
KOUMANTOS, Georgios	Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung, Rechtsvergleichende Studien zur Verdinglichung des Gläubigerrechts, Hamburg 1955
KOSIOL, Erich	Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 1968
KOZIOL, Helmut	Welchen Schulden tritt der Übernehmer eines Vermögens, Unternehmens oder Handelsgeschäfts bei?, JBl. 1967, 550 ff.

KRABBENHOEFT — Übergang von Geschäftsverbindlichkeiten und Geschäftsforderungen beim Erwerb eines Handelsgeschäfts und beim Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, Rpfl. 1975, 158 ff.

VON KRÄWEL — Über die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für die früheren Gesellschaftsschulden, Buschs Archiv Bd. 11 (1867), 75 ff.

VON KRÄWEL — Beantwortung der Frage: "Inwieweit haftet der Übernehmer einer Handelsfirma für die Handelsschulden des früheren Inhabers dieser Firma nach den Vorschriften des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches?" und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung dieser Frage, Buschs Archiv Bd. 12 (1868), 48 ff.

VON KRÄWEL — Inwieweit erwirbt der Übernehmer einer Firma die ausstehenden Forderungen aus Handelsgeschäften des Veräußerers nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches?, Buschs Archiv Bd. 15 (1869), 249 ff.

KRAUSE, Hermann — Schweigen im Rechtsverkehr. Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung, Marburg 1933

KRAUSE, Hermann — Urteilsanmerkung, JZ 1957, 278 f.

KRAUSE, Hermann — Urteilsanmerkung, JZ 1960, 312 f.

KREJCI, Heinz — Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme, Wien 1972

KREJCI, Heinz — Ist zur Vertragsübernahme bei Unternehmensveräußerung Dreiparteieneinigung erforderlich? ÖJZ 1975, 449 ff.

KRÜCKMANN — Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, AcP Bd. 108 (1912), 179 ff.

KÜCHENDAHL — Diskussionsbeitrag auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2, Berlin 1881, S. 150 f.

KUNTZE, J.E. — Prinzip und System der Handelsgesellschaften, ZHR Bd. 6 (1863), 177 ff.

KUNZ, Romano — Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion, Bern 1963

KUSSEROW, Jutta — Unterschiede zwischen den Personalgesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, Diss. Kiel 1967

LACHER, Jörg — Der Verkauf von Handelsgeschäft und fonds de commerce - vergleichende Darstellung des deutschen und französischen Rechts, Diss. Köln 1968

LADENBURG — Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts, Buschs Archiv Bd. 34 (1875), 25 ff.

LADENBURG — Die Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven, Buschs Archiv Bd. 36 (1877), 81 ff.

LADENBURG — Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts, Buschs Archiv Bd. 40 (1880), 49 ff.

LADENBURG — Haftet der Übernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seiner Gesamtheit, d. h. mit allen Aktiven und Passiven, für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gegenüber? ZHR Bd. 30 (1885), 90 ff.

LANGE, Heinrich — Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657 ff.

LANZ — Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag, Diss. Zürich 1934

LARENZ, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1975 (zit.: Methodenlehre)

LARENZ, Karl — Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. München 1975 (zit.: Allg. Teil)

LARENZ, Karl — Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. München 1976 (zit. SchR I)

LARENZ, Karl	Urteilsanmerkung, JW 1934, 224 ff.
LAUE, Werner	Vermögen im Sinne des § 419 BGB, AcP Bd. 140 (1935), 64 ff.
LAUE, Werner	Der Übernahmevertrag nach § 419 BGB, AcP Bd. 146 (1941), 156 ff.
LAUFS, Adolf	Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, 1433 ff.
LEHMANN, Heinrich	Urteilsanmerkung, JW 1934, 356
LEHMANN, Karl	Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. Leipzig 1912
LEHMANN, Karl	Der Entwurf des revidierten Handelsgesetzbuches, AcP Bd. 86 (1896), 289 ff.
LEHMANN, Karl	Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht, in: Festschrift der Staatswissenschaftlichen Fakultät Zürich für Georg Cohn, Zürich 1915, S. 393 ff.
LEHMANN-DIETZ	Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. Berlin, Frankfurt a. M. 1970
LEHMANN-RING	Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1914
LIEB, Manfred	Die Haftung für Altschulden bei "Eintritt" eines Gesellschafters in ein nicht- oder minderkaufmännisches Einzelunternehmen, in: Festschrift für Harry Westermann, herausgegeben von W. Hefermehl, R. Gmür, H. Brox, Karlsruhe 1974, S. 309 ff.
MAKOWER	Referat und Diskussionsbeitrag auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2, Berlin 1881, S. 132 ff., 151 ff.
MANIGK, Alfred	Das rechtswirksame Verhalten, systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, Berlin 1939
MANN, Fritz	Zur Wirkung der Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages auf die Haftung für die früheren Schulden, JW 1931, 3062 f.

MITTERMAIER, C.J.A. — Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts, Bd. 2, 7. Aufl. Regensburg 1847

MOMMSEN, Agapetus — Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts, Buschs Archiv Bd. 32 (1875), 201 ff.

MORISSE, Karl-August — Der Rechtsgrund für die Haftung des Erwerbers bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts unter Lebenden, Diss. Köln 1969

MOTIVE — zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Leipzig 1888 (zit.: Mot. II)

MÜLLER, Welf — Der Wert der Unternehmung, JuS 1973, 603; 1974, 147, 288, 424, 558

MÜLLER, Wolfgang — Einbeziehung der Freien Berufe in das Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Arzt, Rechtsanwalt, Apotheker, Wirtschaftsprüfer und Architekt, Diss. Kiel 1967

MÜLLER-ERZBACH, Rudolf — Deutsches Handelsrecht, 2., 3. Aufl. Tübingen 1928

MUNK — Zur Kritik des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches, Gruchot Bd. 40 (1896), 697 ff.

NAENDRUP, Hubert — Die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 3, Zivil- und Handelsrecht, Berlin und Leipzig 1929, S. 35 ff.

NEUMANN-DUESBERG — Gesetzliche Neuordnung des Übergangs von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsinhaberwechsel, BB 1971, 969 ff.

NICKNIG, Paul-Georg — Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, Köln, Berlin, Bonn, München 1972

NICKOL	Die Vermögensübernahme nach § 419 BGB, Diss. Tübingen 1933
NIES	Die Haftung des Vermögensübernehmers, Diss. Gießen 1909
NITSCHKE, Manfred	Die Anwendbarkeit des in § 31 BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger, NJW 1969, 1737 ff.
NUSSBAUM, Arthur	Rezension, ZHR Bd. 75 (1914), 444
OERTMANN, Paul	Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, ZHR Bd. 95 (1930), 443 ff.
OPPIKOFER, Hans	Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927
OPPIKOFER, Hans	Das kaufmännische Unternehmen, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von F. Schlegelberger, Bd. 7, 1. Lieferung, Berlin 1939, S. 25 ff.
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl. München 1977 (zit.: PALANDT-Bearbeiter)
PANN	Diskussionsbeitrag auf dem 15. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, herausgegeben vom Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. 2, Berlin 1881, S. 144 f.
PAULUS, Gotthard	Die Behelfe des Sicherungseigentümers gegen den Vollstreckungszugriff, ZZP Bd. 64 (1950/51), 169 ff.
PIEPER, Helmut	Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln, Berlin 1963
PISKO, Oskar	Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907
PISKO, Oskar	Das kaufmännische Unternehmen, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von V. Ehrenberg, Bd. 2, Leipzig 1918 S. 195 ff.

PLANCK	Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 1. Halbband: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. bearbeitet von Heinrich Siber, Berlin 1914 (zit.: PLANCK-SIBER)
PÖHLS, Meno	Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute, Bd. 1: Allgemeiner Theil, Hamburg 1828
PROTOKOLLE	der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Nürnberg 1857
PUCHTA, Georg Friedrich	Pandekten, 8. Aufl. Leipzig 1856
RAISCH, Peter	Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1962 (zit.: Abgrenzung)
RAISCH, Peter	Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965 (zit.: Gesch. Vor.)
RAISCH, Peter	Unternehmensrecht, Bd. 1: Unternehmensprivatrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Reinbek 1973 (zit.: Unternehmensrecht)
RAISCH, Peter	Vereinigungen zum Betrieb landwirtschaftlicher Unternehmen auch in der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft? BB 1969, 1361 ff.
RAISCH, Peter	Handelsgesellschaft auf Einlagen als neue Gesellschaftsform für Vereinigungen von Handelsgewerbetreibenden, Landwirten und Angehörigen freier Berufe, in: Festschrift für Alexander Knur, herausgegeben von W. Flume und R. Hamm, München 1972
RAISCH, Peter, SCHMIDT, Karsten	Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, in: Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. 1, herausgegeben von D. Grimm, 2. Aufl. München 1976
RAISER, Thomas	Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969

REGELSBERGER	Über die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten, ZHR Bd. 14 (1870), 1 ff.
REHBEIN-REINCKE	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten nebst ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung, 3. Aufl. Bd. 1, Theil 1, Titel 1 - 11, Berlin 1885
REICHEL, Hans	Die Schuldmitübernahme, München 1909
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1958 ff. (zit.: RGRK-Bearbeiter)
RITTER, Carl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. München, Berlin 1932
RITTNER, Fritz	Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart - eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaft, Bd. 261/262, Tübingen 1962
RÖDIG, Jürgen	Haftung des Vermögensübernehmers mit dem übernommenen goodwill, JZ 1971, 208 ff.
ROEMHELD, Bernhard	Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB, BB 1976, 845 ff.
ROEREN	Debattenbeitrag in der Reichstagssitzung vom 9. 2. 1897, Sten. Ber. 4559, bei HAHN-MUGDAN S. 466
ROSPATT	Zur Vermögensübernahme nach § 419 BGB, JR 1934, 49 ff., 61 ff.
SÄCKER, Franz-Jürgen	Die handelsrechtliche Haftung für Altschulden bei Übertragung und Vererbung von Handelsgeschäften, ZGR 1973, 261 ff.
SCHAARSCHMIDT, Wilhelm	Die Geschäftsschulden bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts, Diss. Leipzig 1902

SCHILLING, Wolfgang — §§ 145 - 177, 335 - 342 HGB, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 2. Halbband, §§ 145 - 177, 335 - 342, 3. Aufl. Berlin 1970

SCHLEGELBERGER — Handelsgesetzbuch, Kommentar von E. Geßler, W. Hefermehl, W. Hildebrandt, G. Schröder, 5. Aufl., Bd. 1: §§ 1 - 47 a HGB, bearbeitet von W. Hildebrandt unter Mitarbeit von H.-W. Steckhan, München 1973 (zit.: SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN)

SCHLODTMANN, F. W. — Das Recht der Handelsgesellschaft im Verhältniß zu dem Recht anderer Erwerbsgesellschaften nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, ZHR Bd. 37 (1890), 456 ff.

SCHLÜTER, Uwe — Die Schuldenhaftung bei Geschäftsübernahme, Diss. München 1971

SCHMIDT — § 419 BGB und unpfändbare Gegenstände, JW 1933, 2734 f.

SCHMIDT, Karsten — Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, Bonn 1972

SCHMIDT, Karsten — Die "Identität" von KG und Besitzgesellschaft, DB 1971, 2345 ff.

SCHMIDT, Karsten — Haftungsprobleme bei der "bürgerlichrechtlichen Kommanditgesellschaft", DB 1973, 653 ff., 703 ff.

SCHMIDT, Karsten — Sein-Schein-Handelsregister, Grundfragen des Verkehrsschutzes durch Handelsregister und Bekanntmachung, JuS 1977, 209 ff.

SCHÖNFELD, Walther — Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, herausgegeben von O. Schreiber, Bd. 2, Zivil- und Handelsrecht, Berlin, Leipzig 1929, S. 191 ff.

SCHOLLMEYER, Friedrich	Recht der Schuldverhältnisse, Erste Hälfte, Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432, München 1900
SCHRICKER, Gerhard	Probleme der Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts, ZGR 1972, 121 ff.
SCHÜNEMANN, Wolfgang B.	Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, Bielefeld 1975
SCHULZE-OSTERLOH	Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972
SCHWARZ, Walter	Erwerberhaftung und Grenzwert des Erwerbes, JBl. 1967, 113 ff.
SIBER, Heinrich	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 70 (1921), 223 ff.
SIMITIS, Spiros	Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957 (zit.: Vertragsverhältnisse)
SIMON, Hermann-Veit	Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor dem Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, ZHR Bd. 24 (1879), 91 ff.
SOERGEL-SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967 ff. (zit.: SOERGEL-Bearbeiter)
STAUB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1 - 177 HGB, 14. Aufl. bearbeitet von F. Bondi und A. Pinner, Berlin Leipzig 1932 (zit.: STAUB-Bearbeiter)
STAUDINGER	Kommentar zum BGB, 10. und 11. Aufl. Berlin 1957 ff. (zit.: STAUDINGER-Bearbeiter)
STECKHAN, Hans-Werner	Die Innengesellschaft, Berlin 1966
STEINWENTER, Artur	Vermögensübernahme und Vertragsübernahme, ZBl. 1934, 401 ff.

TABOR, A. — Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handlungsfirma entspringen; besonders hinsichtlich der schon vor dem Eintritt auf derselben gelastet habenden Schulden, Frankfurt a.M. 1826, zusammengefaßt von Elvers in seiner Themis Bd. 1, Heft 1 (1827), 67 ff.

TIEFENBACHER, Erhard — Urteilsanmerkung, BB 1960, 190

THIELE, Wolfgang — Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln u.a. 1966

THÖL, Heinrich — Das Handelsrecht,
1. Aufl. Göttingen 1841
3. Aufl. Göttingen 1854
4. Aufl. Göttingen 1862
6. Aufl. Leipzig 1879

THÖL, Heinrich — Unter welchen Voraussetzungen darf eine bisherige Firma von einer neuen Person fortgeführt werden?, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts, Bd. 1 (1874), 4 ff.

TREITSCHKE, Georg Karl — Die Lehre von der Erwerbsgesellschaft nach Römischem, Österreichischem, Preußischem, Sächsischem und Französischem Rechte, Leipzig 1828
2. Aufl. Leipzig 1844 unter dem Titel: Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von den Commanditen

VON TUHR, Andreas — Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910

ULMER, Peter — §§ 131 - 144 HGB, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 1. Halbband: §§ 105 - 144, 3. Aufl. Berlin, New York 1973

WEIMAR, Wilhelm — Der Geschäftsübergang mit Firma, MDR 1962, 960 ff.

WELLSPACHER, Moritz — Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906

WESTERHOFF, Johannes — Haftung bei Übertragung und Umwandlung des Einmannunternehmens, DB 1975, 1973 ff.

WESTERMANN, Harry	Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes, JuS 1963, 1
WESTERMANN, Harm Peter	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin, Heidelberg, New York 1970
WIEDEMANN, Herbert	Juristische Person und Gesamthand - eine Bestandsaufnahme aus bürgerlichrechtlicher, handels- und steuerrechtlicher Sicht, in: Wertpapiermitteilungen, Sonderbeilage 4/75 zu Nr. 34 v. 23. 8. 1975
WIELAND, Karl	Handelsrecht, Bd. 1, Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München, Leipzig 1921
WILBURG, Walter	Abschied von § 419 BGB, in: Festschrift für Karl Larenz, herausgegeben von G. Paulus, U. Diederichsen, C.W. Canaris, München 1973
WÖHE, Günter	Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 11. Aufl. München 1975
WOLFF, Ernst	Zum Begriff des Schuldverhältnisses, in: Festschrift für Heinrich Herrfahrdt, herausgegeben von E. Schwinge, Marburg 1961, S. 197 ff.
WOLFF, Martin	Der § 344 HGB und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts, ZHR Bd. 47 (1898), 247 ff.
WÜRDINGER, Hans	§§ 8 - 37, 48 - 83 HGB, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1: §§ 1 - 104 HGB, 3. Aufl. Berlin 1967

Lebenslauf

Am 27. Januar 1952 wurde ich als erstes von drei Kindern des Verkaufsleiters Helmut Waskönig und seiner Ehefrau Waltraud, geb. Oelke, in Wuppertal-Elberfeld geboren. Nach der Schulausbildung in Essen/Ruhr, Oststeinbek Krs. Stormarn, Hamburg und Wuppertal bestand ich am 22.06.1970 die Reifeprüfung am Neusprachlichen Gymnasium Aue in Wuppertal-Elberfeld. Am 26.09.1970 erhielt ich den Straßburg-Preis der Stiftung F.V.S.
In den Jahren 1970 bis 1976 studierte ich an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft. Am 10.05.1975 habe ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Köln abgelegt. Die Referendarausbildung im Bezirk des Oberlandesgerichtes München vom 01.03.1976 bis zum 15.09.1978 endete mit dem Bestehen der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz. Seit dem 1.11.1978 bin ich in der Rechtsabteilung eines bedeutenden deutschen Industrieunternehmens in Stuttgart tätig.